

indice

editoriale

- 369 DOMENICO DE MASI
Inclusione e cittadinanza

saggi

- 381 BRUNO CARUSO
Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità
- 431 ALESSANDRO ANDRONIO
Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale
- 473 FRANCA BORGOGELLI
Riflessioni sul sistema di valutazione nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme
- 499 VITO PINTO
Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento
- 527 CHARLES F.X. SZYMANSKI
Gli approcci alla Platform economy del diritto del lavoro americano
- 549 LILLI CASANO
Professionalità e certificazione delle competenze: legge, contrattazione collettiva, autoregolazione
- 575 FEDERICO PASCUCCI
Il whistleblowing

giurisprudenza

- 607 GIUSEPPE GENTILE
Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione
(Commento a Corte di Giustizia 14 maggio 2019, causa C-55/18)
- 625 ROBERTO VOZA
Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni in sede sindacale
(Commento a Tribunale di Roma 8 maggio 2019 n. 4354)

osservatorio

- 639 ANTONIO LETTIERI
Memorie dell'altro secolo: 1970, attacco al Taylorismo
- 651 CARMEN AMATO
La recente legislazione francese sulle disparità salariali di genere. Prime riflessioni
- 663 FEDERICA SAULINO
A margine del Convegno CNEL su "La contrattazione collettiva in Europa: una prospettiva trasversale" (18 luglio 2019)
- 683 SARA BENVENUTI
Arti e dimensione giuridica: a proposito del Convegno fiorentino a Palazzo Incontri (30 maggio 2019)

opinioni e recensioni

- 695 MARIO RUSCIANO
Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili di Umberto Romagnoli
(Roma, Ediesse, 2018, pp. 334).

lavoro e ... poesia

- 705 FLORIANA COPPOLA
Infinitoslam

709 *Notizie sugli autori*

711 *Abbreviazioni*

713 *Indice annata 2019*

721 *Indice autori 2019*

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

Alessandro ANDRONIO, Silvia BORELLI, Franca BORGOGELLI, Stefania BUOSO, Lilli CASANO, Costantino CORDELLA, Bruno CARUSO, Federico FUSCO, Giuseppe GENTILE, Stefano GIUBBONI, Antonio LOFFREDO, Pasquale MONDA, Gaetano NATULLO, Federico PASCUCCI, Vito PINTO, Maura RANIERI, Simona SARDARO, Carla SPINELLI, Charles F.X. SZYMANSKY, Laura TEBANO, Roberto VOZA, Antonello ZOPPOLI, Lorenzo ZOPPOLI e gli autori dei Quaderni della rivista n. 6 e n. 7

Il referaggio è stato effettuato da:

Edoardo ALES, Alberto AVIO, Marzia BARBERA, Antonio BAYLOS GRAU, Maria Teresa CARINCI, Riccardo DEL PUNTA, Giorgio FONTANA, Maximilian FUCHS, Donata GOTTARDI, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Antonio LO FARO, Carlo LONGOBARDO, Mariella MAGNANI, Sandro MAINARDI, Arturo MARESCA, Angelo PANDOLFO, Giampiero PROIA, Giancarlo RICCI, Alessandro RICCOBONO, Umberto ROMAGNOLI, Patrizia TULLINI, Carlo Zoli.

table of contents

editorial

- 369 DOMENICO DE MASI
Inclusion and Citizenship

articles

- 381 BRUNO CARUSO
The Contract with an Increasing Protection in the Pincer of the Double Prejudice
- 431 ALESSANDRO ANDRONIO
The Crime of Illicit Intermediation and Exploitation of Work: Legislative and Case law Evolution
- 473 FRANCA BORGOGELLI
Thoughts on the Evaluation System in Public Administrations. Pending New Legislation
- 499 VITO PINTO
The Recruitment of the Lyric-symphonic Foundations between Tradition and (Apparent) Renewal
- 527 CHARLES F.X. SZYMANSKI
Approaches to the Platform Economy under American Labour Law
- 549 LILLI CASANO
Professionalism and Certification of Skills. Law, Collective Bargaining, Self-regulation
- 575 FEDERICO PASCUCCI
Whistleblowing

case law

- 607 GIUSEPPE GENTILE
Daily Working Hours: for the Court of Justice there is the Obligation of Measurement and Detection
(Comment to Court of justice's judgment 14 May 2019, C-55/18)
- 625 ROBERTO VOZA
On the Assumptions of Validity of the Renunciations and Transactions in the Trade Union
(Comment to Rome Tribunal's judgment 8 May 2019 n. 4354)

observatory

- 639 ANTONIO LETTIERI
Memories of the Other Century: 1970, Attack on Taylorism
- 651 CARMEN AMATO
The Recent French Legislation on Gender Pay Disparities. First impressions
- 663 FEDERICA SAULINO
On the Side-lines of the CNEL Conference on "Collective Bargaining in Europe: a Transversal Perspective" (18 July 2019)
- 683 SARA BENVENUTI
Arts and the Legal Dimension: about the Florentine Conference at Palazzo Incontri (30 May 2019)

opinions and reviews

- 695 MARIO RUSCIANO
Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili by Umberto Romagnoli
(Rome, Ediesse, 2018, pages 334)

work and ... poetry

- 705 FLORIANA COPPOLA
Infinitoslam

709 *Authors' information*

711 *Abbreviations*

713 *Table of contents of 2019*

721 *Authors of 2019*

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

Alessandro ANDRONIO, Silvia BORELLI, Franca BORGOGELLI, Stefania BUOSO, Lilli CASANO, Costantino CORDELLA, Bruno CARUSO, Federico FUSCO, Giuseppe GENTILE, Stefano GIUBBONI, Antonio LOFFREDO, Pasquale MONDA, Gaetano NATULLO, Federico PASCUCCI, Vito PINTO, Maura RANIERI, Simona SARDARO, Carla SPINELLI, Charles F.X. SZYMANSKY, Laura TEBANO, Roberto VOZA, Antonello ZOPPOLI, Lorenzo ZOPPOLI and the authors of the Quaderni della rivista n. 6 e n. 7

The referees have been:

Edoardo ALES, Alberto AVIO, Marzia BARBERA, Antonio BAYLOS GRAU, Maria Teresa CARINCI, Riccardo DEL PUNTA, Giorgio FONTANA, Maximilian FUCHS, Donata GOTTARDI, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Antonio LO FARO, Carlo LONGOBARDO, Mariella MAGNANI, Sandro MAINARDI, Arturo MARESCA, Angelo PANDOLFO, Giampiero PROIA, Giancarlo RICCI, Alessandro RICCOBONO, Umberto ROMAGNOLI, Patrizia TULLINI, Carlo ZOLI.

Domenico De Masi
Inclusione e cittadinanza

*“Come dice il proverbio,
chi ha molto riceverà ancora di più e vivrà nell’abbondanza;
chi ha poco, gli porteranno via anche quel poco che ha”.*

MATTEO, 25, 29.

*“Gli italiani sposano un’idea
e subito la lasciano con la scusa che non fa figli”*

LEO LONGANESI

La povertà

La recente questione del reddito di cittadinanza rappresenta un caso sociologico di estremo interesse perché consente di osservare, come sotto una lente di ingrandimento, il rapporto culturale e socio-politico che il Paese intrattiene nei confronti dei suoi cittadini poveri.

Vale la pena di iniziare da alcuni dati essenziali. Su 196 Paesi al mondo, l’Italia è al 23° posto per numero di abitanti, all’ottavo posto per Prodotto Interno Lordo e al 32° posto per Pil pro-capite: è, dunque, un paese ricco. Però la ricchezza vi è distribuita in modo disuguale, con disuguaglianza crescente. Secondo gli ultimi dati Eurostat, nel 2010 era a rischio di povertà un italiano su 3. E questa crescita della divaricazione è avvenuta anche mentre governava la sinistra. Secondo l’Istat 1,8 milioni di famiglie, ovvero 5 milioni di persone pari all’8,3% della popolazione residente, è in condizione di povertà assoluta, cioè priva dei mezzi necessari per vivere con dignità. Un povero su due ha meno di 34 anni di età e, secondo *Save the Children*, i bambini poveri sono 1.268.000.

Nel 2007, vigilia della grande crisi economica, la ricchezza delle dieci famiglie italiane più facoltose era pari a quella di 3,5 milioni di poveri; dieci anni dopo, nel 1917, le stesse dieci famiglie avevano una ricchezza pari a quella di 6 milioni di poveri. Nei dieci anni recenti, economicamente i più difficili dell'ultimo cinquantennio, il patrimonio dei 6 milioni di italiani più ricchi è cresciuto del 72% mentre quello dei sei milioni più poveri è diminuito del 63%. Resta valido più che mai il passo evangelico "Come dice il proverbio, chi ha molto riceverà ancora di più e vivrà nell'abbondanza; chi ha poco, gli porteranno via anche quel poco che ha" (Matteo, 25, 29).

La disoccupazione

Nel periodo in cui sono stati varati il reddito di inclusione (Rei) introdotto dal PD e il reddito di cittadinanza (RdC) voluto dai 5 Stelle, i disoccupati in Italia si aggiravano intorno al 10% e la disoccupazione giovanile era del 35% circa.

Per gestire la disoccupazione c'erano 9.000 impiegati in 536 Centri per l'impiego regionali, molto sgangherati, che costavano allo Stato 780 milioni di euro l'anno e che usavano banche dati circoscritte alla regione per cui nessun centro conosceva la situazione delle altre regioni. In Germania, dove i disoccupati sono il 3,5%, le "Bundsagentur für Arbeit", perfettamente funzionali e informatizzate, occupano 111.000 impiegati e costano 12 miliardi l'anno. In settant'anni di vita repubblicana nessun governo ha affrontato il problema dei centri per l'impiego e l'Italia è rimasta priva di una rete preziosa non meno della rete autostradale o elettrica.

Le forze politiche in campo

Il reddito di cittadinanza è stato un cavallo di battaglia del Movimento 5 Stelle, che lo ha proposto in due legislature, difendendolo dall'attacco concentrato di tutti gli altri partiti, compresa la Lega, allora sua alleata, che lo ha votato solo per onorare il "Contratto di governo" pur dichiarandosi in disaccordo sulla validità e l'opportunità del provvedimento. Secondo le intenzioni di voto raccolte nei giorni in cui fu approvato il Decreto-legge, la Lega

aveva il 32% dei consensi; il Movimento 5 Stelle ne aveva il 27,3%; il Partito Democratico il 17,6; Forza Italia l'8,2 e Fratelli d'Italia 3,3.

Il ruolo della Chiesa

Rispetto a molti Paesi in cui è stato introdotto il RdC, l'Italia presenta la particolarità dovuta al Vaticano e alla maggiore incidenza del pensiero cattolico. Secondo l'Eurispes, il 71% degli italiani si dichiara cattolico e il 25% cattolico praticante. A questo va aggiunta la sollecitudine tutta particolare, rispetto ai papi precedenti, di Papa Francesco verso il problema della povertà. Il testo fondamentale in questo senso è l'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium*, pubblicata il 24 novembre 2013 con cui papa Francesco attacca frontalmente la teoria e la pratica neo-liberali: "Questa economia uccide [...] Abbiamo dato inizio alla cultura dello "scarto" che, addirittura, viene promossa. [...] Gli esclusi non sono *sfruttati* ma rifiuti, *avanzi* [...] Si è sviluppata una globalizzazione dell'indifferenza".

Poveri e disoccupati

In questo contesto si svolge la vicenda del Reddito di Cittadinanza (RdC), una delle poche azioni, se non l'unica, direttamente vantaggiosa per i poveri dopo la riforma del sistema sanitario nazionale effettuata con la legge n. 502 del 1992. Ma chi è il "povero" nell'Italia postindustriale?

La povertà non va confusa con la disoccupazione perché non tutti i poveri sono disoccupati, né tutti i disoccupati sono poveri. Quando è stato approvato il Decreto-legge del 28 gennaio 2019, n.4, convertito poi nella Legge 28 marzo 2019, n. 26, "recante disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni", su 4.917.000 destinatari (pari a 1.734.932 nuclei familiari), il 40% circa (=1.998.000 individui) erano poveri interessati a trovare un lavoro mentre il 60% (= 2.919.000 individui) erano poveri non in grado di lavorare – minorenni, vecchi, inabili, ecc. – e, dunque, solo bisognosi di un sussidio per sopravvivere decorosamente.

Tutta la discussione che ha preceduto e accompagnato il provvedimento ha giocato sull'equivoca identificazione di disoccupazione con povertà. E poiché il RdC non era strutturato per eliminare la disoccupazione ma per

aiutare i poveri a sopravvivere, non ha creato posti di lavoro e gli oppositori ne hanno profittato per convincere gran parte dell'opinione pubblica che questo provvedimento, non avendo eliminato la disoccupazione in poche settimane, si è dunque dimostrato un inutile spreco di denaro pubblico così come essi avevano profetizzato. Dunque, va eliminato.

Il povero postindustriale

Un disoccupato, un occupato precario e con salario irrisorio, un minorenni, un vecchio, un inabile, un malato cronico diventa scarto sociale, quando, venuto meno anche il soccorso della famiglia e del welfare, si ritrova in uno stato di mendicizia o prossimo ad essa, per cui è condannato all'invisibilità, alla sventura assoluta, alla morte civile prima della morte fisica.

Due cose interessano ai "non-poveri" per quanto riguarda i "poveri assoluti": che questi siano docili e invisibili. La docile non-ribellione è assicurata dalla stessa povertà, che infiacchisce il corpo e offusca la mente inchiodando tutta la persona alla ricerca di risorse minime e indilazionabili, sicché non resta nessuna residua energia, nessuna ulteriore intelligenza per essere applicata a un progetto di lungo termine, dal momento che anche il medio termine è un lusso che il povero non può permettersi.

Quattro mostri

Nel corso della storia i poveri e i disoccupati sono stati trattati di volta in volta come mentecatti, come delinquenti, come pigri da punire, come indolenti da pungolare, come vittime del sistema, come pericolo per l'economia e per l'ordine pubblico, come oggetti di analisi lombrosiana o come immagini di Cristo.

Alla fine dell'Ottocento il fallimento di tutti i metodi coercitivi e l'avvento della società industriale modificarono l'atteggiamento verso la povertà: prima in Germania e poi via via in tutto l'Occidente, i governi ricorsero al welfare con l'intento di contribuire alla modernizzazione dello Stato bilanciando gli eccessi del liberismo e riducendo la conflittualità. Quando la rabbia dei poveri è domata, il welfare non serve più e gli Stati ne riducono l'incidenza sulle finanze pubbliche, abbandonando i poveri al loro destino. Il 23 febbraio 2012 il presidente

della Banca centrale europea Mario Draghi ha potuto dettare al “Wall Street Journal”, con neo-liberale orgoglio, l’epitaffio “Lo stato sociale è morto”.

Il merito del Movimento 5 Stelle è stato quello di affrontare a viso duro questa baldanza e invertire la rotta che portava alla distruzione dello stato sociale, imponendo alla pubblica opinione il problema della povertà e la necessità di risolverlo qui e ora.

Due modi di intervenire

Nella società postindustriale, per ridistribuire la ricchezza con maggiore equità, occorre adottare criteri sempre più sganciati dal lavoro, sia perché una parte crescente di questa ricchezza non è prodotta dal lavoro umano ma dalle macchine, sia perché molti cittadini non sono fisicamente in grado di lavorare, sia perché la stragrande maggioranza dei disoccupati non hanno colpa se non trovano lavoro e hanno il diritto di sopravvivere se non altro perché sono stati messi al mondo senza averlo chiesto.

Il provvedimento più radicale sarebbe il *reddito di cittadinanza* o reddito di base, universale, individuale e incondizionato grazie al quale ognuno, dalla nascita alla morte, riceve il sussidio per il semplice fatto di esistere, e lo riceve rapidamente, senza letali attese burocratiche. Ovviamente ciò appare ingiusto perché assicura la stessa cifra al ricco e al povero, a chi lavora e a chi non lavora, però i soldi in più che lo Stato spenderebbe pagando il sussidio anche ai ricchi sono ampiamente compensati dal risparmio di tempo e denaro consentito da una macchina organizzativa molto più snella, flessibile, rapida ed efficiente. Allo stato attuale questo metodo è stato applicato solo in via sperimentale in alcuni paesi come la Finlandia e la Nuova Zelanda

Il provvedimento di gran lunga più diffuso è il *Reddito di Inclusion* (RdI) o reddito minimo: il sussidio è dato solo a coloro che, oltre a essere poveri, presentano determinate condizioni di reddito, età, occupazione, abitazione, disponibilità a formarsi, a lavorare, ecc. Ognuna di queste condizioni va accertata inizialmente e periodicamente; per fronteggiare molte condizioni vanno predisposte e organizzate strutture ad hoc, dotate di strumenti adeguati e di funzionari competenti. Il tutto richiede un’imponente macchina burocratica, efficiente e costosa, la cui creazione e messa a regime richiede un tempo notevole. In Germania, come abbiamo visto, vengono impiegati 111.000 funzionari con una spesa annua di 12 miliardi.

L'adozione dell'uno o dell'altro sistema dipende esclusivamente dal modello socio-politico dello Stato, più incline alla socialdemocrazia o al neoliberalismo. Le azioni legislative poste recentemente in atto, su stimolo diretto o indiretto del Movimento 5 Stelle, sono state quattro: il progetto di legge del 23 ottobre 2013 (prima firmataria senatrice Catalfo); il Decreto legislativo 147 del 15 settembre 2017 (Gentiloni); il Decreto legislativo del 28 gennaio 2019, n.4, convertito poi nella Legge 28 marzo 2019, n. 26 (5 Stelle).

Il Decreto e la legge del 2019

A differenza di altri Paesi europei, dove esiste da anni, il reddito di cittadinanza rappresenta per l'Italia una novità assoluta. È dunque scontato che la sua introduzione vada considerata un processo *in progress*, da monitorare continuamente e continuamente migliorare. La discussione del Decreto alle Camere apportò innumerevoli modifiche confluite nella Legge 28 marzo 2019, n. 26 ma ulteriori miglioramenti furono già apportati un mese dopo, con il Decreto Crescita del 30 aprile 2019.

Durante l'iter parlamentare del Decreto e della legge gli oppositori hanno messo in sordina l'aspetto "lotta alla povertà" e hanno concentrato le critiche sulle norme riguardanti il lavoro. Con una formula lanciata da Matteo Renzi e molto corteggiata da parte dei media, il RdC avrebbe avuto un solo effetto: premiare e incentivare la pigrizia dei giovani i quali, restandosene sdraiati su un mitico divano, avrebbero fruito di fondi che – evocando, forse senza saperlo, le teorie neoliberaliste di Kuznets e di Laffer – sarebbero stati spesi molto meglio incentivando le imprese a creare nuovi posti di lavoro dai quali, per magico sgocciolamento, prima o poi avrebbero tratto profitto anche i poveri. I 5 Stelle sono caduti nella trappola e, per sfuggire a queste *fake news*, hanno incrudelito le condizioni necessarie a ottenere il RdC e, implicitamente, hanno reso più lunga e macchinosa la fase procedurale per accertarne l'esistenza caso per caso.

Costi

Il costo totale della misura per i nove mesi del 2019 che vanno da aprile a dicembre è di 6,1 miliardi. Per il 2020 il limite di spesa previsto è di 7,75 miliardi; per il 2021 è di 8 miliardi; per il 2022 è di 7,84 miliardi di euro. Ma

già quest'anno, essendo state scartate molte domande prive di requisiti, si sono risparmiati circa due miliardi.

Come si vede, si tratta di cifre molto vicine a quelle stanziare per “Quota 100” che prevedeva una spesa compresa tra i 4,3 e i 7,3 miliardi per il solo 2019. Le domande di pre-pensionamento ricevute entro il 24 ottobre sono state 184.890 e, ovviamente, riguardano lavoratori che hanno già un'occupazione e un reddito mentre il RdC consente la sopravvivenza a cittadini che versano in condizione di povertà assoluta.

Risultati

Nei primi sei mesi del 2019 sono confluite all'Inps 1.532.000 domande da parte di altrettanti nuclei familiari ma, dopo un tempestivo e scrupoloso controllo, ne sono state accolte solo 943.000 (61,5%), corrispondenti ai 2.334.000 che attualmente percepiscono il reddito. Di questi, il 40% lavora sottopagato o è disoccupato mentre il 60% non lavora e non può lavorare perché minorenni, vecchio, inabile, assistente di inabili, ecc. Tra i nuclei beneficiari, quelli con minori sono 340.000, pari al 36% di tutti i nuclei beneficiari. I nuclei con disabili sono 199.000 e rappresentano il 21%.

Trattandosi della prima applicazione del RdC in Italia, queste cifre autorizzano a parlare di successo: sia il trattamento delle domande che l'effettiva erogazione del sussidio sono avvenuti in tempo di record.

Critiche

Opposizione concentrica

Leo Longanesi diceva che “gli italiani sposano un'idea e subito la lasciano con la scusa che non ha fatto figli”. È quanto sta capitando anche all'idea del RdC, pensato per combattere la piaga della povertà, tanto più vergognosa se si espande in l'Italia, uno degli otto Paesi più ricchi del mondo, cattolica per antonomasia e membro del G8, ma cronologicamente ultima in Europa nel garantire la sopravvivenza ai poveri.

Sia in fase di discussione che di applicazione, la legge istitutiva del RdC ha subito l'attacco concentrico di tutta l'opposizione di sinistra e un'acco-

glienza meno che tiepida da parte della Lega, alleata di governo. Fuori del parlamento si sono opposte o disinteressate quasi tutte le forze di sinistra, i sindacati e perfino la Cei.

Undici critiche

Proviamo a rintuzzare alcune di queste critiche, tuttora frequenti nell'opinione pubblica.

1. *La povertà non si combatte con i sussidi elargiti dallo Stato in forma assistenziale ma investendo nella crescita economica del Paese.* Da questa deriverebbe un'espansione della ricchezza che, sgocciolando, prima o poi finirebbe per avvantaggiare anche i poveri. Bush, Reagan e la Thatcher hanno adottato questa teoria neoliberista ottenendo come effetto un disastroso aumento della povertà.

2. *Il progetto del RdC è fallito in partenza perché, rispetto alla platea complessiva, sono pochi i poveri che hanno fatto la domanda di sussidio.* Sono molti o sono pochi 2.334.000 percettori del reddito? Rapportati all'universo dei 4.917.000 poveri assoluti esistenti in Italia rappresentano il 47%, cioè una percentuale più che soddisfacente se si pensa che sono passati appena sette mesi dal lancio dell'operazione e che negli altri paesi europei, benché il RdC vi sia in vigore da anni, la quota dei destinatari che fanno domanda e ricevono il beneficio non supera il 60% dell'universo.

3. *Il RdC mette in un solo mucchio sia la lotta alla povertà, sia le politiche attive per il lavoro, mentre le due cose andrebbero trattate separatamente, con due leggi ben distinte.* Dei 4.917.000 poveri assoluti esistenti in Italia al momento in cui è andata in vigore la legge, il 60% era composto da poveri già occupati ma con bassi salari o da poveri impossibilitati a lavorare perché vecchi, minori, disabili o assistenti di disabili; ma il 40% era composto da poveri interessati a trovare un lavoro. Dunque sarebbe stato impossibile risolvere la loro situazione senza coniugare l'erogazione del RdC con politiche attive capaci di fare incontrare domanda e offerta.

4. *I Centri per l'Impiego sono carenti e disorganizzati per cui non riusciranno*

a smaltire il lavoro che gli è accollato dal RdC. Queste carenze sono ereditate dal colpevole disinteresse di tutti i governi precedenti e vanno urgentemente eliminate creando una rete fitta ed efficiente di Centri che metta l'Italia al pari con la Francia e con la Germania. La Legge n. 26/2019 è la prima che, dopo decenni, affronta questo problema e ne avvia la soluzione.

5. Troppi poveri hanno commesso errori procedurali o hanno chiesto il reddito in buona fede ma senza averne il diritto. In effetti, come abbiamo già visto, nei primi sei mesi sono confluite all'Inps 1.532.000 domande da parte di altrettanti nuclei familiari ma, dopo un tempestivo e scrupoloso controllo, ne è stato accolto il 64%. Poi altre domande sono decadute e così, alla fine, si è salvato solo il 61,5% di tutte le domande pervenute.

Dunque il reclutamento e la selezione delle domande è avvenuto con tempestività persino sorprendente rispetto alla proverbiale lentezza della nostra burocrazia, e il fatto che sia caduto il 38,5% delle domande da una parte attesta lo scrupolo con cui è avvenuta la cernita, dall'altra non desta sorpresa dal momento che molti poveri rasentano l'analfabetismo e si trovavano di fronte al primissimo lancio di un provvedimento sconosciuto.

6. Troppi "furbetti" hanno tentato di ottenere il reddito occultando astutamente la loro mancanza di requisiti. L'Italia, soprattutto il Sud, ha una storia fitta di falsi invalidi; l'intero paese ha evasori fiscali così numerosi e sfrontati che il danno erariale supera i 100 miliardi annui; la cronaca ci informa quotidianamente della sfrontatezza con cui le grandi multinazionali si rifugiano nei paradisi fiscali. Ben prevedibile, se non giustificabile, che ci siano tentativi astuti anche da parte di una minoranza di poverissimi. Importante è che la struttura organizzativa del RdC sia in grado di parare questi colpi, come ha fin qui dimostrato di saper fare. Anche per questo il ReI ha previsto pene severe e un potenziamento dell'Ispezzorato del lavoro.

7. Lo Stato italiano non si può permettere un provvedimento così costoso. "Dove prenderemo i soldi?" si sono chiesti i confindustriali, i leader della destra, i conduttori televisivi, perfino il cardinale che presiede la Cei e il suo giornale quotidiano "L'Avvenire".

Dall'aprile al dicembre 2019, con una spesa di 6,1 miliardi, lo Stato italiano ha assicurato un minimo di sopravvivenza a 2.334.000 cittadini poverissimi.

Ci sono le risorse per un simile impegno finanziario? La risposta non dipende dalla ragioneria ma dalla politica; il giudizio e la decisione non toccano al ragioniere generale dello Stato ma al Parlamento. La questione è: un Paese come l'Italia, con un Pil di 1.645 miliardi di euro e con un bilancio statale che supera gli 800 miliardi può consentirsi la vergogna di cinque milioni di cittadini in condizione di povertà assoluta? Oltre all'aspetto etico vi è quello di ordine pubblico: debellando la povertà, quanta violenza si riduce? E, in fine, quanti soldi si risparmiano grazie alla riduzione dei carcerati, dei malati, delle morti precoci?

Se si ammala mio figlio non mi chiedo dove prendere i soldi per curarlo: lo porto in ospedale e poi si vedrà se ridurre le spese per le vacanze o chiedere un prestito o persino l'elemosina.

8. *In Italia manca il lavoro. Come faranno i Centri per l'impiego a offrire tre opportunità di lavoro a milioni di poveri disoccupati?* La legge prevede che i Centri per l'impiego, se e quando si scovassero posti disponibili, dovrebbero offrirli ai beneficiari del reddito che risultano più adatti a quei lavori. Il singolo beneficiario può rifiutare la prima e la seconda offerta ma al terzo rifiuto perde il RdC.

La disponibilità di lavoro non dipende né dai Centri, né dal RdC. I Centri hanno solo il compito di far combaciare al meglio la domanda e l'offerta nei casi in cui il lavoro esiste. Negli altri Paesi europei, dove i servizi per l'impiego funzionano da più tempo e molto meglio che da noi, le politiche contro la povertà riescono a trovare un lavoro stabile a non più del 25% di tutti i poveri che lo cercano.

9. *I destinatari del RdC che hanno già un lavoro ma retribuito con un salario inferiore a quanto essi percepirebbero con il reddito, di fronte all'alternativa se tenersi il posto o preferire il RdC, finiranno per scegliere la seconda opzione.*

Ma cosa c'è di male se il destinatario fa questa scelta? Finora il sussidio medio è stato di 481 euro e se il salario percepito dal beneficiario è inferiore a questa cifra, significa che si tratta di un salario di fame. In questo caso, scegliere il RdC non solo è un comportamento del tutto razionale ma è anche un modo per combattere lo sfruttamento della manodopera.

10. *Il ReI affidava la gestione del reddito ai Comuni che, per definizione, sono più vicini ai cittadini, mentre il RdC l'affida in gran parte ai Centri per l'Impiego,*

che sono più distanti. In un articolo significativamente intitolato *Per quattro poveri su dieci il lavoro non sarà la soluzione* apparso su “Repubblica” del 22 dicembre 2018, Marco Ruffolo ha scritto che, soprattutto per quei poveri che non possono lavorare – e si tratta del 60% – non basta il sussidio finanziario ma occorrono servizi reali, case, scuole, assistenza sociale, ecc. per i quali è indispensabile il ruolo del Comune. Invece il ReI attribuisce al Comune solo due compiti: certificare i senza tetto come se avessero il domicilio presso la casa comunale; gestire le 8 ore settimanali che ogni beneficiario del reddito deve offrire al proprio Comune di residenza per lavori utili.

Ma poi è lo stesso Ruffolo che fornisce il motivo per cui il RdC ha preferito affidare la gestione ai Centri per l’Impiego regionali piuttosto che ai Comuni: “Oggi, accanto a non poche esperienze positive, ci sono ancora scandalose carenze, soprattutto al Sud. In Calabria la quota dei Comuni con servizi di assistenza sociale è di appena il 19%, in Campania del 32% contro una media nazionale del 61. Il sostegno socio-educativo territoriale è offerto al Nord da oltre il 40% dei municipi, al Sud dal 20. E poi ci sono servizi che stentano a funzionare in tutta Italia, come l’assistenza domiciliare socio-assistenziale, attivo solo nel 38% dei casi, o come il pronto intervento sociale, disponibile solo nel 2,3%. C’è insomma nel welfare comunale, e non solo in quello, un grande buco di cui però non si parla”.

È proprio in base a queste considerazioni che la legge del RdC ha optato in favore di un potenziamento dei Centri per l’impiego.

11. Invece di creare il Reddito di Cittadinanza, era più conveniente conservare, potenziandolo, il Reddito d’Inclusione voluto dal governo Gentiloni e già erogato a partire dal gennaio 2018. A ben vedere, il RdC è proprio un proseguimento, completamento potenziamento del ReI. Del resto non poteva essere altrimenti, dal momento che entrambi sono una filiazione del progetto Catalfo elaborato cinque anni prima.

Occorre ammettere che il ReI, lanciato in fretta e furia dal PD per sottrarre ai 5 Stelle un loro cavallo di battaglia, non regge al paragone con il RdC. Il ReI partì in modo più approssimativo e frettoloso e fu applicato in maniera ancora più pasticciata, rinunciando persino, per carenza di tempo e di strumenti, ad accertare alcuni requisiti dei postulanti. Poiché, infatti, i comuni non riuscivano a verificare per ciascun beneficiario il possesso reale delle condizioni richieste, a un certo punto, pur di evadere le pratiche, ci si è limitati a controllare solo i limiti economici.

Il ReI si rivolgeva solo a 1,8 milioni di poveri mentre il RdC riguarda la totalità dei 4.917.000 poveri assoluti. In nessuno dei primi sei mesi di applicazione il ReI riuscì mai a raggiungere i 400.000 nuclei familiari mentre il RdC, nel suo primo semestre ha raggiunto 955.000 nuclei. L'importo medio mensile del ReI è stato di 293 euro; quello del RdC è stato di 482 euro.

Bruno Caruso

Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)

Sommario: **1.** Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale. **2.** La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti. **3.** La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani. **4.** Il merito delle ordinanze: "il grano e l'oglio" nell'ordinanza Europea del Tribunale di Milano. **5.** La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali. **5.1.** Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale. **5.2.** La questione di pregiudizialità europea. **6.** Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediale della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore. **6.1.** Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare. **6.2.** Il licenziamento per ragioni economiche. Per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario. **6.3.** Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale.

1. Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale

Non era difficile prevedere che la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018¹ non avrebbe posto la parola fine alla critica giurisprudenziale (e dottrinale) diffusa nei confronti di quel vero e proprio simbolo delle ri-

¹ La sentenza 194/2018 (del tipo abrogativo semplice, non additiva, né manipolativa) contiene, notoriamente, una motivazione molto lunga, articolata e densa anche perché si confronta, puntualmente, con l'ordinanza di remissione del Tribunale di Roma (B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, 2, p. 483 ss.) altrettanto complessa.

forme renziane del lavoro che è il contratto a tutele crescenti². Si tratta di un provvedimento ormai accerchiato da più parti: dalla politica, che già ne annuncia una nuova modifica³; dallo stesso legislatore che ne ha operato una

² I commenti dottrinali alla sentenza della Corte costituzionale sono ormai numerosi e non è, dunque, possibile riferirne in dettaglio; alcuni di essi si assestano sulla medesima posizione e utilizzano, a volte, le stesse argomentazioni. Sostanzialmente essi possono raggrupparsi in tre categorie, all'interno delle quali si evidenziano sfumature diverse di accenti e di dettaglio non certamente trascurabili per *esprit de finesse* e conseguenti ricadute: alla fine sono proprio queste sfumature che identificano il soggettivo apporto del commentatore, ma non è possibile darne conto, come sarebbe, invece, dovuto in un commento disteso dedicato soltanto alla sentenza. Una prima posizione è di condivisione, il che non esenta l'autore da qualche critica; pur in un contesto argomentativo di plauso della complessiva e articolata posizione della Corte, la dichiarazione di forte empatia e condivisione, tuttavia, non esime il commentatore da evidenziare alcuni tratti di criticità (la parte vuota del bicchiere mezzo pieno): si tratterebbe, secondo questa posizione, di un importante segnale (una vera svolta) nel percorso di un recupero assiologico della disciplina. Il che non avrebbe impedito, sulla base di ulteriori argomenti critici non utilizzati dalla Corte, un ulteriore sforzo demolitivo con riguardo soprattutto alla distinzione tra discipline e regimi protettivi in ragione del tempo. Da tale posizione si distingue quella simmetricamente contraria: si mettono in rilievo soprattutto le contraddizioni, o lo scarso coraggio della sentenza; soprattutto oggetto di critica è l'argomentazione consequenzialista non portata fino in fondo in termini di verifica effettiva, mediante la quale – a prescindere dai richiami ai propri precedenti sul *fluire* del tempo – la Corte giustifica la distinzione tra il prima e il dopo con l'obiettivo di incremento occupazionale che l'alleggerimento del regime rimediabile avrebbe dovuto produrre. Si tratterebbe pertanto di un'occasione perduta per una demolizione più strutturale delle tutele crescenti, anche se, in questa prospettiva, si evidenzia che la sentenza potrebbe produrre ulteriori effetti abrogativi inerziali a probabile geometria variabile su altre disposizioni del d.lgs. 23/2105 che prevedono analoghi dispositivi automatici, in primo luogo l'indennizzo nelle imprese minori. Alla fine, comunque, secondo questa posizione, la sentenza 194 realizzerrebbe un'operazione timida e reticente che lascia evidenti spazi a chi intende continuarne la demolizione, pur riconoscendosi che un primo passo è stato compiuto (il bicchiere mezzo vuoto). Infine, una posizione, a volte moderatamente, a volte più radicalmente, critica, ma di segno opposto alla precedente, nel senso dell'inopportunità di merito della sentenza anche per gli effetti di ulteriore complessificazione del quadro regolativo che essa produrrebbe e con riguardo soprattutto all'effetto di aumento dell'incertezza del costo economico del licenziamento, nella misura in cui si ripristinerebbe una discrezionalità giudiziaria, per molti aspetti, imprevedibile (secondo altri questo effetto non si dovrebbe produrre in ragione del riferimento ai criteri di quantificazione che la stessa Corte richiama nella motivazione ma non nel dispositivo). È evidente che questa posizione critica scaturisca invece da un giudizio positivo su una riforma che si considera(va) bilanciata e agganciata soprattutto al valore preminente della certezza del diritto. Addirittura, in tal senso, secondi alcuni la sentenza della Corte sarebbe affetta da provincialismo.

³ Non risulta che nel programma dell'attuale compagine governativa “giallo rossa” ci sia un organico progetto di riforma delle tutele crescenti anche per la presenza nella maggioranza

prima riforma – con il decreto dignità – ampliando il *range* del risarcimento possibile (da un minimo di 6 a un massimo di 36 mensilità)⁴, riforma che aveva già anticipato, quasi in contemporanea, la medesima pista correttiva su cui si è inserita anche la Corte costituzionale; dalla Corte di cassazione che ha inteso “appiattare” il significato di fatto materiale contestato (con onere della prova a carico del lavoratore) sulla nozione giurisprudenziale di insussistenza del fatto, inteso nel senso di irrilevanza disciplinare ancorché materialmente sussistente⁵; e ciò secondo quanto già stabilito dalla stessa Suprema Corte per l’art. 18 versione Fornero⁶. Soprattutto dalla Corte costituzionale, con la citata sentenza 194, che si è confrontata non solo con una disposizione contingente (con effetto di riscrittura per sottrazione dell’art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23/2015), ma che ha inteso inviare un messaggio al legislatore che costituisce una “pietra miliare” sull’equilibrio indefettibile tra la sovrastruttura valoriale del diritto, e del diritto del lavoro in particolare, e le contingenze strutturali, importanti ma pur sempre tali, dell’economia.

Un segnale forte la Consulta lo ha inviato anche sul rapporto tra potere del legislatore e discrezionalità giudiziaria da preservare sempre, ma soprattutto in ragione del potere di adattamento, in termini di giustizia ed equità, della decisione alla concreta situazione che solo il giudice può esercitare⁷.

di deputati vicini al *leader* che si è intestato la riforma del *Jobs Act* nella passata legislatura; è pertanto probabile che un eventuale intervento si ridurrebbe ad anticipare l’eventuale sentenza della Corte di giustizia con riguardo ai licenziamenti collettivi, oggetto della questione di pregiudizialità (*infra* § 4).

⁴ Art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96.

⁵ Si v. Cass. 8 maggio 2019, n. 12174. Per un commento parzialmente critico, sin d’ora, si v. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione* (nota a Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, Cass. 9 maggio 2019, n. 12365 e Cass. 28 maggio 2019, n. 14500), in *DRI*, 2019, 3, p. 946 ss. Pure PISANI, *Sussistenza in astratto e insussistenza in concreto della giustificazione del licenziamento: nuovo criterio di distinzione tra comma 4 e comma 5 dell’articolo 18?* (nota a Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027), in *DRI*, 2019, 3, p. 954 ss.; AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato* (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300) *versus fatto materiale contestato* (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 20), in *ADL*, 2017, 4-5, p. 890 ss.; SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

⁶ Il *leading case* è costituito da Cass. 20 settembre 2016, n. 18418.

⁷ In termini più strettamente tecnici riferiti agli effetti applicativi della sentenza, giustamente, una puntuale e attenta dottrina (NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la*

Al di là dell'effetto abrogativo della norma sull'automatismo dell'indenizzo/risarcimento (la Corte, si è notato, non distingue), la sentenza produce come risultato l'eliminazione di ogni possibilità, anche per il futuro, che il legislatore possa tornare indietro, introducendo nuovamente regole che traducano meccanicamente in norme le ragioni dell'economia, bypassando il potere di agguadagnazione della magistratura⁸; in questo caso l'inversione di tendenza rispetto a ripetuti e meno efficaci tentativi legislativi – si pensi al Collegato lavoro – di imbrigliare la discrezionalità giudiziale, è oltremodo evidente e in linea con un tendenziale disfavore della Corte costituzionale nei confronti di operazioni legislative di rigida forfettizzazione⁹. Inoltre, la Corte approfitta pure per ricordare – anche se in questo caso il risultato è oggetto di diffuse critiche di “poco coraggio”¹⁰ – che il rimedio contro il

sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale, in *LD*, 2019, 2, p. 293 ss.) fa notare che non si può parlare di personalizzazione del danno, posto che la Corte richiama i parametri legali, a cui il giudice dovrebbe in ogni caso riferirsi come canone direttivo del giudizio di adattamento, fissati in varie norme: art. 8 della l. n. 604/1966; lo stesso comma 5 dell'art. 18. Coglie il punto MARCESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, 1, p. 228 ss., che avanza personali consigli interpretativi inviati a chi dovrà applicarli.

⁸ Lo sottolinea correttamente NOVELLA, *op. cit.*

⁹ In un intervento molto equilibrato a commento della sentenza n. 194/2018, CESTER (*Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, 2, p. 164) cita i precedenti in tal senso della Corte costituzionale: C. Cost. 19 aprile 2018, n. 77, in materia di spese processuali, e C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, sulla indennità forfettaria per il caso del contratto a termine illegittimo.

¹⁰ Ma in questo caso CESTER, *op. ult. cit.*, p. 173, ha fatto argutamente notare che la Corte più di questo non poteva fare: non poteva riproporre la reintegra come orizzonte costituzionale necessario se non al prezzo di smentire se stessa (C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46); ciò in ragione del fatto che la *property rule* (il diritto alla reintegra) non è stato costituzionalizzato [con chiari argomenti spiega il perché ARNONE, *La giustizia e l'efficienza nelle tutele contro il licenziamento*, 2016 <https://www.pietroichino.it/?p=53204>] e, volenti o nolenti (ma *contra* già ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 4, p. 619 ss.; ID. *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, *I seminari della Consulta giuridica CGIL*, n. 2, Ediesse, 2019, p. 101 s.; sullo stesso filone di pensiero SARACINI, *op. cit.*, pp. 14 e 72 ss.), i regimi legali di tutela di altri paesi europei si assestano su una *liability rule* più o meno intensa (si v. sin d'ora la seria ricerca comparata a cura di PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014). Ciò ancorché in deroga ai principi di diritto comune dei contratti che, all'illegittima rottura del vincolo negoziale, fanno seguire la riparazione, se non sempre in forma specifica, tendenzialmente *per integrum* (è la posizione critica, molto ben argomentata, di L. ZOPPOLI, *Il licen-*

licenziamento non può scendere sotto una certa soglia senza mettere in discussione la stessa portata riparatoria e quindi l'effettività della tutela rimediabile apprestata. Onde la forte valorizzazione del diritto sovranazionale sulla effettività e dissuasività del rimedio – concetti che rinvierebbero in effetti a tecniche regolative diverse¹¹ – con il riferimento, più per ragioni di equilibrio ordinamentale delle fonti¹² che di merito dei disposti normativi, dell'articolo

ziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta, in *DRI*, 2019, 1, p. 277 ss.). Tutto ciò posto, secondo Cester, il combinato disposto tra l'intervento del legislatore e la norma di risulta, dopo l'intervento abrogativo della Corte, finirebbe per costituire una norma incostituzionale creata dalla stessa Corte, dato che non si giustificerebbe una tutela sino a un massimo di 24 mesi per i licenziati in regime Fornero e sino a 36 mesi per i licenziati in regime di *Jobs act* (per certi versi ancora più forte rispetto al regime di reintegrazione attenuata con esercizio del diritto di opzione 12+ 15, ben al di sotto del tetto delle 36 mensilità), con la differenza tuttavia non di poco conto, trascurata dall'Autore, che solo nel primo caso almeno la quota dell'opzione è certa, a disposizione della parte, e non modulabile dal giudice.

¹¹ Si rinvia alla proposta di L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 293 ss. Finalizzata a valorizzare la riparazione integrale del danno pure SARACINI, *op. cit.*

¹² La Corte Costituzionale aderisce all'approccio restrittivo della Corte di giustizia sull'art. 30 della Carta di Nizza, secondo LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo?*, in *RGL*, 2019, 2, p. 343 ss.; ID. *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 761 ss.), volutamente tirato da quest'ultima in ballo ogniqualvolta si tratta di diritti sociali, per cui la protezione contro il licenziamento deducibile dall'art. 30 della Carta, pur rientrando astrattamente nella competenza dell'unione Europea (art. 153, § 4, del TFUE), non sarebbe richiamabile per sindacare la conformità europea di norme domestiche in virtù dell'art. 51, primo comma, della CDFUE, che limiterebbe il richiamo diretto negli ordinamenti nazionali, per la mancanza di una disciplina europea di attuazione. L'argomento è contestabile [si v. PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, in MASTROIANNI, POLLICINO, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 570 ss; pure ALES, *La dimensione ‘costituzionale’ del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT - 129/2016; BALLESTRERO, *A proposito di rimedi: l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, 3-4, p. 495 ss.] sulla base della semplice constatazione (e anche non scomodando la dottrina dei poteri impliciti o dell'effetto utile) che non sono poche le direttive che si occupano di licenziamento: divieto di licenziamento in occasione di rifiuto del part-time o di trasferimento di azienda, o divieto di licenziamento per ragioni discriminatorie o di tutela della maternità; ma pure in ragione del fatto che la stessa ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma si occupava del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, in molti ordinamenti europei, è unificato sotto l'egida del licenziamento per ragioni economiche e che, nella forma del licenziamento collettivo, è notoriamente oggetto di una delle prime direttive di armonizzazione sociali, di cui si occupa per altro il Tribunale di Milano, che solleva la questione di pregiudizialità (*infra* § 4 ss.)

24 della Carta sociale¹³ piuttosto che dell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali¹⁴.

La Corte costituzionale in perfetta sincronia, anche cronologica, con il legislatore del decreto dignità ha, dunque, con la sua sentenza, concluso l'opera di parziale demolizione a partire proprio da dove lo stesso legislatore del decreto dignità non aveva invece osato intervenire; vale a dire sulla rigidità, a tutto scapito della giustizia nel caso concreto, della determinazione del quantum: tra il valore della certezza del costo del licenziamento e la giustizia rimediale ancorata all'equità in concreto, la Corte sceglie quest'ultima. Tra Blanchard e Gadamer, o Paolo Grossi¹⁵, la Corte opta per il filosofo o lo storico e non per l'economista.

Nel complesso, con riguardo al ruolo giocato dalla Corte nella saga costituzionale molto italiana del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo¹⁶, si tratta forse di una sentenza che si arruola, ma con toni

¹³ Sottolinea correttamente l'importante valorizzazione, per la prima volta in Italia, dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte della Corte costituzionale nella sentenza 194/2018 (ma anche in C. Cost. 13 giugno 2018, n. 120, sulla libertà di associazione sindacale nelle forze armate), LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019, p. 2 ss. Una forte rivalutazione anche contenutistica della Carta sociale anche in FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*.INT - 132/2016.

¹⁴ Sul punto del richiamo alle norme internazionali e sovranazionali si sofferma ampiamente ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., che giustifica in qualche modo la posizione della Corte sulla base di un argomento di ragion pratica: vale a dire che il giudizio di costituzionalità condotto alla luce dell'art. 30 CDFUE poco aggiungerebbe al giudizio fondato sull'art. 24 della Carta sociale, norma più ricca di indicazioni in merito al regime sanzionatorio. Critica invece su questo passaggio della sentenza è BALLESTRERO (*La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, 2, p. 255 ss.), in ragione dell'argomento che in gioco verrebbe, piuttosto che la questione della "porta di ingresso" in carenza di diritto derivato, quella del primato del diritto europeo (in particolare di una disposizione della Carta). Posizione in astratto condivisibile, salvo il fatto che tale primato, una volta acquisito, giustifica pure che la Corte di giustizia, sulla base di quel principio, sia poi legittimata a mettere "i piedi (non della misura di Cenerentola) nel piatto" anche dei nostri principi costituzionali, fatti salvi i, teorici, controllimiti (la citazione è tratta da BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, p. 371 ss.).

¹⁵ È del grande storico del diritto, Presidente emerito della Corte costituzionale, l'idea del diritto come *invenzione* prodotta attraverso l'attività di concretizzazione tarata sul caso da risolvere, attraverso l'adattamento della norma al fatto della vita: GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, p. 125 ss.

¹⁶ La ripercorre, cercando di evidenziare le contraddizioni di tale percorso, FONTANA, *La*

certamente sommessi ed eleganti, nel filone di protagonismo politico, se non proprio di “suprematismo giudiziale”, inaugurato da tempo dalla Corte e criticato di recente dalla dottrina gius-costituzionalistica in chiave di “sconfinamento politico”, non certo unanimemente¹⁷. Ma il gioco, c’era da aspettarsi, non si è chiuso con la sentenza della Corte.

2. *La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti*

Le critiche alla riforma Renzi si sono concentrate sul regime rimediale; la riforma, notoriamente, ha solo indirettamente e di riflesso riguardato la fattispecie così come del resto il precedente della riforma Fornero¹⁸. Si tratta di un sistema che ha fortemente e irragionevolmente indebolito la soluzione – *ex post* giudicabile intermedia ed equilibrata – della precedente riforma attuata con la l. n.92/2012, tutta interna e non alternativa all’art. 18. E che soprattutto interviene in una fase in cui la stessa giurisprudenza invia segnali, a volte squilibrati, di riassetto dei contenuti della stessa fattispecie giustificativa del licenziamento (la giusta causa e il giustificato motivo oggettivo) in senso diametralmente opposto a quel che avveniva al tempo del c.d. paternalismo giudiziario¹⁹: si pensi alla forte e indiscriminata rivalutazione, a favore del datore di lavoro – specie in alcuni settori²⁰ – del rapporto

Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 382/2018.

¹⁷ Spiega con dovizia di riferimenti culturali il termine suprematismo, adattato alla posizione recente della Corte su varie questioni, MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in QC, 2109, 2, p. 251 e ivi la pronta replica di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Sul%20ruolo%20della%20Corte%20costituzionale.pdf>; si veda pure, a giustificazione storica e politica della posizione “evolutive”, “creativa” e di “attivismo giudiziario” della Corte, CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in QC, 2019, 4, p. 777 ss.

¹⁸ Sulle ricadute delle modifiche rimediali sulle fattispecie legittimanti il licenziamento, già TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in ADL, 2015, 4/5, p. 801 ss.

¹⁹ B. CARUSO, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro che cambia*, di prossima pubblicazione negli Atti del convegno, tenutosi a Firenze il 20 e 21 settembre 2019, *Valori e tecniche del diritto del lavoro*.

²⁰ Si rinvia a MURENA, *Fiducia e subordinazione. Il lavoro bancario*, Giappichelli, 2017.

di fiducia soggettiva; onde l'asseverata rottura giustificerebbe il licenziamento "a prescindere" e al di là delle complessive condizioni di contesto che suggerivano un tempo valutazioni più ragionate e temperate²¹; ovvero alla rimodulazione del giustificato motivo oggettivo con attenzione maggiore all'interesse di impresa e alle c.d. ragioni "egoistiche" – meno moralisticamente – di profitto ed efficienza aziendale²².

Gli storici ci diranno se il contratto a tutele crescenti ha avuto soprattutto il significato di un messaggio simbolico, consequenziale all'avventuristica scelta di mettere nell'angolo le organizzazioni sindacali praticando la disintermediazione sul piano politico, sociale oltre che giuridico; onde, soprattutto, l'eliminazione della fattispecie di reintegrazione debole affidata alla valutazione di proporzionalità della contrattazione collettiva²³ (e posto che, nel mondo delle imprese, non si considerava, in quella fase, certo urgente un nuovo intervento sull'art. 18). Ovvero se si è trattato di una sorta di resa di

²¹ Contro l'utilizzo della fiducia nel contratto e nel rapporto di lavoro come semplificato modo di ragionare della giurisprudenza, già NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, 116, p. 622 ss. Al contrario della previsione dell'Autore circa un progressivo superamento del ricorso alla fiducia, la giurisprudenza ha semmai accentuato le semplificazioni ivi denunciate, arrivando a soluzioni abnormi, sino al punto di giustificare il licenziamento in seguito a un comportamento di un lavoratore in una procedura sindacale interna di nomina di RSA, comportante riverberi nella relazione fiduciaria, per le sue modalità – presunta falsificazione di un verbale sindacale – sino al punto da giustificare il licenziamento per venir meno dell'affidamento futuro (ove il probabile comportamento futuro non affidabile, in tutta probabilità, sarebbe stata l'attività sindacale del lavoratore licenziato): si v. TEBANO, *Costituzione di RSA: a chi spetta controllare la regolarità del procedimento?*, nota a Trib. Termini Imerese, 16 febbraio 2018, in *DRI*, 2018, 4, p. 1235. Sul discutibile e corrivo recupero dell'elemento fiduciario anche nell'apprezzamento dell'addebito al fine di valutare la rilevanza disciplinare del comportamento, Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027, con nota di PISANI, *op. cit.*; pure Cass. 15 ottobre 2019, n. 26023.

²² Notoriamente il punto di svolta in tal senso viene considerata Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, anche se in effetti non si tratta di vero e proprio cambiamento ma certamente di oscillazione del pendolo della giurisprudenza della Cassazione a favore di un riempimento della classe (utilizzando la concettualizzazione di PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit.) giustificato motivo oggetto, con una sequela di motivi (sottoclasse) che tengono più in considerazione le ragioni economiche e organizzative dell'impresa piuttosto che del lavoratore. Da quella sentenza la giurisprudenza della Suprema corte di Cassazione si è in maggioranza orientata su questa posizione, giustificando per esempio il recesso anche per maggiore efficienza gestionale e aumento della redditività: da ultimo, Cass. 11 novembre 2019, n. 29099; Cass. 28 marzo 2019, n. 8661, sul *Giulavorista.it*. Sul tema si v. il volume del gruppo Freccia rossa, a cura di PERULLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

²³ *Infra*, § 6 e ss.

conti finale tra i “falchi”, teorici della riduzione del licenziamento a una scelta aziendale suscettibile soltanto di valutazione in termini costo/opportunità e di relativo equilibrio; e colombe, favorevoli a un compromesso giuridico, comunque ragionevole, tra le esigenze aziendali di governare, entro un quadro anche di certezze economiche oltre che normative, le dinamiche di flessibilità in uscita e altrettanto legittime esigenze di protezione del lavoratore non solo nel mercato ma anche nel rapporto. Ciò anche per non obliare del tutto la valenza sistemica (anche di tutela sindacale effettiva) del rimedio contro il licenziamento illegittimo, e dalla sua portata dissuasiva, non solo di quello odioso e quindi nullo, perché discriminatorio, ma anche di quello semplicemente illegittimo e dunque annullabile perché non sufficientemente o irragionevolmente giustificato.

La Corte costituzionale, lo fa intendere tra le righe²⁴, si mostra consapevole che la rottura del contratto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro, e soprattutto con riguardo a situazioni di inadempimento e non di impossibilità sopravvenuta²⁵ ha effetti comunque traumatici²⁶, sulla controparte anche quando dotata di un certo potere negoziale altrimenti non si giustificerebbe la tutela apprestata dalla giurisprudenza e dalla contrattazione collettiva in termini di valutazione di giustificatezza anche al licenziamento del dirigente che il legislatore invece ritiene sottratto, tranne che per la fattispecie della nullità, al controllo causale. Ciò perché il contratto di lavoro non è un mero contratto di statico scambio tra poste patrimoniali (energie *v.* retribuzione); è invece un contratto relazionale che implica il coinvolgimento della persona e della sua dignità e sicurezza nel tempo²⁷; si tratta di beni spesso

²⁴ Sicuramente nei punti 9.1. e 11 della pronuncia; si legge in quest'ultimo punto: “In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio”.

²⁵ La Corte non sempre coglie questa distinzione della fattispecie di licenziamento su cui, allo scopo della giustificazione della differenziazione dei rimedi, invece insiste, in modo persuasivo, PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, cit.; ID., *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *DLRI*, 2014, 1, p. 3 ss.; pure B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

²⁶ È la lettura della motivazione della sentenza di PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo* http://www.treccani.it/enciclopedia/il-valore-del-lavoro-e-la-disciplina-del-licenziamento-illegittimo_%28altro%29/; più critica, in termini di insufficienza di motivazione e di effetti abrogativi, invece, per questo profilo, BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura*, cit.

²⁷ B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo*

vulnerati dal fatto stesso della rottura del contratto, al di là della motivazione che la sorregge, e quindi dalla perdita del posto di lavoro che ne deriva, a cui nessuna indennità o ausilio di disoccupazione per quanto alta e duratura può porre rimedio effettivo: il licenziamento, soprattutto quando motivato non da ragioni di razionalità ed efficienza aziendale, ma da fatti e comportamenti di addebito soggettivo, è in sé un trauma di cui il diritto deve farsi carico e non solo in ragione delle sue conseguenze

3. *La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani*

Proprio in questo filone di pensiero – che potrebbe preludere a futuri rimaneggiamenti del contratto a tutele crescenti (*infra*, § 6) – si inseriscono l’ordinanza del Tribunale di Milano del 5 agosto 2019 (est. Paziienza) con cui si solleva la questione di pregiudizialità europea davanti alla Corte di giustizia²⁸ salutata con favore da un comunicato della Filcams e della

e industria 4.0, in *DLRI*, 2108, 1, p. 106; sui cambiamenti del diritto del lavoro, in generale, si rinvia all’ampia disamina di PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, cap. XXIV.

²⁸ Interessante in generale, a proposito dell’attitudine dei giudici italiani a fare riferimento nelle loro decisioni alla Carta di Nizza, considerando tale fonte come parte integrante del sistema legale, lo studio statistico di SCIARRA, GOLIA, *Italy: New Frontiers and Further Developments*, in corso di pubblicazione in Bobek, Prassl (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart/Bloomsbury, dal quale si evince una maggiore propensione delle corti di ultima istanza a fare riferimento alla Carta rispetto a quelle di prima istanza, comprese le giurisdizioni amministrative – che vi fanno meno riferimento – nettamente superate comunque dalla Corte Costituzionale. Tra il primo dicembre del 2009 e il 13 dicembre 2018, periodo di riferimento del *report*, la Carta di Nizza è stata invocata dalla Corte in 110 su 2.761 decisioni, pari al 3,984% dei casi. Le questioni pregiudiziali del Trib. di Milano sono massimate in *DRI*, 2019, 4, con breve commento critico di FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine “stabilizzato”*: il *Jobs Act* viene rinviato alla Corte di giustizia europea, p. 1: “1) Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 della direttiva 99/70/CE sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell’art. 1, secondo comma e dell’art. 10 del D.lgs 23/15 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono

Cgil²⁹; e la, ancor più eclatante, doppia ordinanza della Corte d'appello di Napoli 27 novembre 2019 (Presidente Diani, est. Pezzullo)³⁰ che solleva contemporaneamente³¹ – per motivi in parte identici, in parte adattati anche lessicalmente – una nuova questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale basata su due motivi³² e ben quattro questioni di pregiudizialità

previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015"; 2) "Se le previsioni contenute negli artt. 20 e 30 della Carta dei diritti e nella direttiva 98/59/CE ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'art. 10 del d.lgs. 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione". Per un commento favorevole, invece, DE MICHELE, *L'ordinanza del Tribunale di Milano sull'incompatibilità del Jobs act con la normativa Ue dei licenziamenti collettivi*, in *LG*, 2019, I, p. 1022 ss.

²⁹ Cfr.: *Jobs Act: Cgil, Tribunale di Milano rinvia a Corte giustizia europea disciplina licenziamenti collettivi*, pubblicato il 19/08/2019, in <http://www.cgil.it/jobs-act-cgil-tribunale-di-milano-rinvia-a-corte-giustizia-europea-disciplina-licenziamenti-collettivi/>.

³⁰ Per quel che consta ancora inedite.

³¹ Così tecnicamente nel provvedimento: "La Corte dispone ai sensi dell'art. 23 comma 2 della legge 11 marzo 1953 n. 87 la trasmissione degli atti di causa alla Cancelleria della Corte Costituzionale. Dispone con separata ordinanza, per i motivi ivi indicati, la trasmissione degli atti alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE". Nel leggere in parallelo il testo delle due ordinanze, e il meccanismo dei rinvii interni, sembrerebbe invertito l'ordine con cui la Corte d'appello napoletana presenta il rinvio (prima alla Corte costituzionale e poi alla Corte di giustizia); sembra infatti che la Corte d'appello prima abbia formulato la questione di pregiudizialità e poi su quel tracciato abbia adattato la parallela questione di costituzionalità.

³² La Corte di appello solleva due questioni di costituzionalità. La prima più rilevante nel merito "Sulla non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 10 del d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23, sia unitariamente che nel combinato disposto con l'art. 3 del d.lgs. 23/15, con riferimento agli articoli 3, 10, 35, 2° co. e 111, 1° co, Cost., nella parte in cui, irragionevolmente, introducono in violazione dei vincoli derivanti dall'adesione all'Unione Europea e ai trattati internazionali, un concorrente regime sanzionatorio inefficace rispetto al danno subito con la illegittima perdita del posto di lavoro e con attenuata efficacia deterrente del licenziamento illegittimo, intimato per violazione dei criteri di scelta in una stessa procedura attuativa della direttiva 98/59/CE in contrasto con l'art. 24 della Carta Sociale Europea, con l'art. 30 della Carta dei

davanti alla Corte di giustizia europea³³. Anche in tal caso il plauso della Cgil, attraverso un comunicato, non si è fatto attendere³⁴. A conferma dell'assedio a cui sono sottoposte le tutele crescenti anche il Tribunale di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale ma su questione diversa³⁵.

Occorre subito premettere che tutte le ordinanze su cui si concentra questo saggio – così come già l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha dato luogo alla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale – assumono una prospettiva olistica del licenziamento e dei suoi rimedi. Non c'è alcuna distinzione tra licenziamenti per ragioni soggettive e per ragioni oggettive; c'è una critica, non troppo velata, all'approccio dello spezzettamento rimediabile già della Fornero; si contesta chiaramente il modello regolativo del legislatore che considera la reintegra ipotesi residuale e il risarcimento ipotesi di *default*³⁶. Il paradigma olistico consente ai giudici rimettenti l'unitarietà di approccio e la coerenza argomentativa interna, ma ne costituisce, come si dirà, una intrinseca debolezza, sia in termini di *policy*, sia in termini di valutazione di coerenza con i principi costituzionali ed europei "supremi".

Le ordinanze in oggetto assumono, in ogni caso, un significato che va al di là del merito delle questioni di costituzionalità e di pregiudizialità eu-

diritti fondamentali dell'Unione Europea con riferimento anche agli artt. 20 e 21 e 47 del medesimo trattato". La seconda per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost.

³³ *Infra* § 5.

³⁴ Si v. *La Corte di appello di Napoli «boccia» il Jobs Act*, in <https://www.rassegna.it/articoli/licenziamenti-la-corte-di-appello-di-napoli-boccia-il-jobs-act>.

³⁵ Mentre si completava il saggio, da fonte giornalistica si è appresa la notizia secondo cui pure il Tribunale di Bari (ordinanza del 18 aprile 2019, Gazzetta Ufficiale del 4 dicembre 2019) ha sollevato – come c'era invero da aspettarsi dopo la sentenza 194 della Consulta – la questione di legittimità costituzionale delle tutele crescenti, con riguardo al risarcimento con calcolo automatico per i vizi della motivazione e le violazioni procedurali. In proposito si v. FALASCA, *Licenziamenti altro rinvio alla Consulta*, Il sole 24 ore, 11 dicembre 2019, "in primo luogo, il tribunale di Bari rileva un possibile contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, in quanto il meccanismo di calcolo automatico del risarcimento ancorato alla sola anzianità è identico a quello contenuto nella prima versione dell'articolo 3 e poi dichiarato incostituzionale [...]. Inoltre, la norma sarebbe in conflitto con il principio di ragionevolezza, perché – al pari del sistema contenuto nell'articolo 3 – il meccanismo del calcolo automatico non viene giudicato adeguato a prevenire i licenziamenti carenti di motivazione oppure affetti da vizi di forma".

³⁶ Forte propugnatore di questa tesi è, come noto, Arturo Maresca, che l'ha sostenuta in vari interventi ma pure la dottrina critica propugnatrice dell'approccio monista. Si tratta di una tesi condivisa, esplicitamente e con dovizia di argomentazioni, da un importante intervento delle Sezioni Unite della Cassazione: Cass., SS. UU., 27 dicembre 2017 n. 30985, sulla violazione del principio di immediatezza.

ropea sollevate e concentrate sul sistema rimediabile nell'ipotesi di licenziamenti collettivi, di cui si dirà nel merito (*infra* § 4 e 5). Il Tribunale di Milano e la Corte d'appello di Napoli si schierano a favore della tesi secondo la quale è riservato al giudice nazionale il ruolo di giudice europeo il quale può – senza passare necessariamente dal vaglio di costituzionalità accentrato della Corte costituzionale – sollevare prioritariamente, quando ne ricorrano le condizioni, una questione di pregiudizialità europea. E ciò non soltanto quando occorre interpretare il reale significato di una disposizione dell'ordinamento europeo in relazione a una disposizione domestica sospetta di contrarietà a essa. Ma anche quando la medesima disposizione sia sospettata di infrangere contemporaneamente diritti protetti dall'ordinamento europeo e diritti che ricadono pure sotto l'ombrello protettivo della Costituzione italiana: la c.d. doppia pregiudizialità. Entrambi i giudici di merito si appoggiano sulla Corte UE in *Global Starmed Ltd*³⁷ e aderiscono alla tesi giusta la quale le garanzie apprestate dalla Carta di Nizza, insieme a quelle della Costituzione italiana, finiscono per generare un concorso di rimedi giurisdizionali che arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e che dunque, per definizione, esclude ogni preclusione in ragione del fatto che i giudici devono comunque scandagliare la “migliore” tutela dei diritti che l'ordinamento integrato offre anche in ossequio di una certa interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza (il principio della concorrenza delle tutele sancite nelle varie carte e del massimo livello di protezione possibile dei diritti)³⁸.

³⁷ C. Giust. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starmed Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*. In realtà il Tribunale di Milano dedica al pronunciamento della CGUE ampio spazio (pag. 29; pag. 45 ss.), mentre la Corte d'appello di Napoli si limita a richiamarla nel punto 23, citando però l'ancora più recente sentenza della Grande camera, C. Giust. 24 ottobre 2018, causa C 234/17, *XC, YB, ZA*, e la precedente C. Giust. 11 settembre 2014, causa C 112/13, *A. c. B e altri* (punti 22-24); la Corte di appello si confronta, invece, più direttamente con la Corte costituzionale n. 269/2017, appoggiandosi alla sua recente più giurisprudenza in particolare alla ordinanza C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117, che sembra aver chiuso praticamente la partita.

³⁸ Tale posizione è condivisa da autorevole dottrina costituzionalista, si v. gli innumerevoli interventi di Ruggeri, impossibile da selezionare. Si v. pure, con dovizia di argomenti, CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 2019; <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/29-main/europa-corti-internazionali/591-giudice-comune-e-diritti-protetti-dalla-carta-ue-questo-matrimonio-s-ha-da-fare-o-no>. Nello stesso senso, ma più duttile e sofisticata, la posizione di MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *ECLR*, 2019, p. 18 ss.

Non si possono dare che per conosciute, a tale proposito, tutte le articolazioni dell'interessante dibattito tra costituzionalisti e studiosi di diritto europeo, in chiave soprattutto di giustizia costituzionale sui potenziali conflitti e sul modello di dialogo tra le Corti nelle relazioni interordinamentali. Si può solo sinteticamente accennare al fatto che tutto ruota intorno a quella particolare tecnica di motivazione della Consulta attraverso i c.d. *obiter dicta* contenuti nelle motivazioni, a mo' di messaggi nella bottiglia, sul cui significato ed effetto la dottrina discute in termini di teoria di giustizia costituzionale. E tutto nasce dall'ormai famoso *obiter* della sentenza n. 269 del 2017³⁹

³⁹ I famosi *obiter* di C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269 sono contenuti nei punti 5.1. e 5.2. Con la sentenza n. 269/2017 la Corte sembrava proporre la tesi giusta la quale soltanto per "altri profili", diversi da quelli di costituzionalità il giudice di merito potesse rivolgersi alla Corte di giustizia senza passare dal controllo accentrato, con la sentenza n. 20/2019 (C. Cost. 21 febbraio 2019, n. 20) la stessa Corte si è poi premurata di chiarare che "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria"; con la sentenza n. 63 (C. Cost. 21 marzo 2019, n. 63) la Corte ribadisce quanto affermato con la 20/2019, circa la piena libertà e autonomia del giudice di merito di rivolgersi in qualunque momento alla Corte di giustizia ovvero operare come giudice di prime cure dell'ordinamento comune, disapplicando direttamente la norma che ritiene in contrasto con la disposizione europea *self executing*. La dottrina che attribuisce alla Corte questo significativo passo indietro richiama la tesi formulata dalla Corte di giustizia in *Global starnet*, causa C 322/16, e il passaggio al punto 21 della pronuncia, che altro non fa che ribadire la dottrina *Simmmenthal*: "Occorre ricordare che un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo". In tal senso pure *Åkerberg Fransson* C-617/10, (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013; "secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale" Per i molti commenti sulla sentenza n. 269 della Consulta, si veda la lista pubblicata sul sito della Consulta <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Per una collocazione della sentenza della Con-

– per molti commentatori assolutamente decontestualizzato con riguardo alla questione sollevata dal giudice rimettente (una sorta di fulmine a ciel sereno) – espressione della dottrina “Barbera”⁴⁰; dottrina che, invero, sosteneva più l’opportunità di un ridimensionamento del controllo diffuso dei giudici italiani, attraverso la disapplicazione, piuttosto che la necessità di un controllo accentrato delle questioni implicanti la doppia pregiudizialità⁴¹.

Si tratta, a ogni modo, di un *obiter* in parte ridimensionato dalla stessa Corte, sempre attraverso un altro *obiter*, contenuto nella successiva sentenza n. 20 del 2109 (dall’obbligo dei giudici di passare prima dalla Corte costituzionale al mero “invito”) e in larga misura ormai superato con la sentenza n. 63 del 2019⁴² alla quale una parte della dottrina attribuisce invece il significato di opportuno passo indietro della Corte rispetto all’*obiter* della 269/2017⁴³. In effetti, con quest’ultimo, la Corte aveva inteso seguire un dop-

sulta nell’importante dibattito europeo sul dialogo (conflitto) tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia UE, v. MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. p. 18 ss., che tendono a sdrammatizzare il potenziale conflitto tra Carte e Corti facendo leva proprio sul principio dell’unità della differenza, anche con riguardo ai diritti, sotteso all’art. 53 della CDFUE.

⁴⁰ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, QC, 2018, I, pp. 149-171; la dottrina Barbera ha suscitato anche una dialettica interna alla scuola: si v. il citato saggio di MORRONE, *op.cit.*, p. 258 ss. I termini della questione di giustizia costituzionale in gioco sintetizzati da C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, www.forumcostituzionale.it, 2017/11, che ha aperto l’importante dibattito.

⁴¹ La vivacità del dialogo della dottrina costituzionalista sul punto è testimoniata dallo scambio “dalliano” tra ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’)*. In dialogo con il Ruggerpensiero sul tema della doppia pregiudizialità, in *Consulta online*, 26 novembre 2019, III, e RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po’ anch’io...)*, in *Consulta on line*, 9 dicembre 2019, III.

⁴² E con l’ancor più recente ord. C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117/2019 (giudice relatore F. Viganò, di cui l’importante contributo dottrinario: VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in QC, 2019, 2, p. 481 ss.): con tale coppia di decisioni, la n. 63/2019 e la n. 117/2019, la Corte costituzionale è praticamente tornata a lasciare i giudici italiani liberi di scegliere “*whether to “fly to Luxembourg” or “take a train to Rome”*”, e fermo il potere di disapplicazione se la norma viene comunque ritenuta in conflitto con la Carta di Nizza: così MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit., p. 9. In effetti, come puntualizzano gli autori, con l’ordinanza n. 117/2019 “*the Italian Constitutional Court has made it clear that the convergence of the two different catalogues of rights cannot be directly enforced at the national level because the internal law implements mandatory provisions of EU law, holding that a preliminary ruling becomes a necessity when national authorities lack such a margin of discretion. In such a situation, a preliminary ruling should be made by Constitutional Court itself (as it did on this occasion) before reviewing the constitutionality of a national implementing act*”.

⁴³ In tal senso la dottrina, soprattutto studiosi di diritto europeo (ma certamente, critico

pio risultato: evitare la deriva verso un controllo diffuso di valutazione della norma interna rispetto a quella di rango costituzionale; e spingere verso l'armonizzazione tra diritti di matrice comunitaria e diritti costituzionali presenti nella costituzione domestica⁴⁴.

Le questioni in gioco – al di là delle suggestioni dialettiche tra sostenitori dell'una e dell'altra tesi – sono, da un lato, quelle del primato del diritto europeo e della Corte di giustizia come Corte dei diritti, e non solo della corretta interpretazione delle norme europee, “senza se e senza ma”; nonché quelle dell'opportunità di una sorta di approccio “shopping” delle Carte e delle Corti supreme da parte del giudice di merito, in ragione della maggiore intensità della protezione che di volta in volta si ritiene che “quella Carta o quella Corte” siano in grado di fornire al diritto che si intende tutelare⁴⁵, onde la teorizzazione di un controllo di costituzionalità europea diffuso anche attraverso la disapplicazione e la interlocuzione diretta del giudice di merito con la Corte di giustizia. Dall'altro, la posizione, accusata di venature di neo “patriottismo costituzionale” e di implicito “suprematismo”⁴⁶ (alla quale invero non può ricondursi la “dottrina Barbera” se correttamente riletta)⁴⁷ che

sulla 269, RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017, in RDC, 2017, 3, p. 1 ss.)*. Si v. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; in particolare sulla 117, RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, II, p. 242 ss.; CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4; ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6. Più problematico SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6.

⁴⁴ V. VITALE, *I recenti approdi*, cit., p. 4: la Corte cost. “già nella precedente sentenza 269, aveva [...] esplicitamente rilevato che il nuovo meccanismo ivi inaugurato per la risoluzione delle antinomie tra norme e ordinamenti era indirizzato “anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”, quali richiamate dall'articolo 6 TUE e dall'articolo 52 della Carta di Nizza”.

⁴⁵ Si v. soprattutto CONTI, *Giudice comune*, cit.

⁴⁶ MORRONE, *op. cit.*; BARBISAN, *Prime riflessioni per un patriottismo costituzionale italiano*, in *DP*, 2019, 2, p. 341 ss.

⁴⁷ Si vedano le sempre lucide considerazioni di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit.

non si accontenterebbe più, a dire dei suoi critici, della dottrina dei contro-limiti, ma che affermerebbe una nuova stagione del controllo accentrato di costituzionalità da parte della Corte costituzionale sui diritti, ancorché su di essi insistano profili di contrarietà alle disposizioni europee; si ridurrebbe così, soprattutto il diritto europeo *non self-executing* – compresa la parte della Carta dei diritti non attuata – a valenza quasi di norme interposte; con la conseguenza che, con riguardo a esse, solo la Corte costituzionale potrebbe operare il controllo di costituzionalità di norme interne ritenute in contrasto⁴⁸; e ciò proprio per evitare le incertezze, le ridondanze e le inefficienze, anche in chiave di tutela e di risultati di integrazione europea, del controllo diffuso azionato dai giudici di merito⁴⁹. È proprio il caso di una disposizione della Carta europea non attuata come per appunto l'art. 30 sui licenziamenti individuali, malgrado la “spremitura” di norme attuative, effettuata da Pedrazzoli⁵⁰.

Il Tribunale di Milano e, più esplicitamente, la Corte di appello di Napoli si confrontano con l'*obiter*, contestandolo esplicitamente⁵¹ e rivendicando

Una difesa “oltranzista” della sent. 269 e della dottrina Barbera, in GUAZZAROTTI, *Un “atto ininterrotto dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, www.forumcostituzionale 2017.

⁴⁸ Ex art. 11 e 117 primo comma della Costituzione, allo stesso modo di quanto stabilito con le celeberrime sentenze gemelle (C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e Cost. 24 ottobre 2007, n. 349) per i diritti derivanti da disposizioni di diritto internazionale (la Convenzione EDU ma anche la Carta sociale).

⁴⁹ I saggi di R. Bin e di A. Barbera citati e le domande precisate da C. CARUSO, *op. cit.* Fortemente critica sul piano di argomenti in punto di diritto europeo l'attuale giudice della Corte di giustizia ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, pp. 1 ss.

⁵⁰ *Supra* nota 12.

⁵¹ Immediatamente dopo la sentenza n. 269/2017 della Consulta, la Corte di Cassazione ha assunto tre posizioni diverse: di apparente adeguamento ma sostanziale contestazione della sentenza della Corte, di aperta contestazione e di non confronto: con riguardo a questa triplice posizione, la metafora geometrica utilizzata da ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit. Sugli orientamenti della Suprema corte *post-269*, si rinvia a MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, I, <http://www.osservatoriosullefonti.it>; PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritticomparati.it*, 16 marzo 2018; RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., Il sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consultaonline.it*, 2018, I, p. 82 ss.; TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018.

la piena autonomia della pregiudizialità europea attraverso la dottrina *Global Starnet*⁵². Il risultato più eclatante – e in perfetta linea con le acquisizioni della dottrina del primato del diritto europeo e della piena concorrenza delle due pregiudiziali⁵³ – è la formale e contemporanea, per la prima volta per quel che consta, doppia pregiudizialità sollevata dalla Corte d'appello di Napoli per motivi convergenti ma diversamente modulati nelle due ordinanze (infra § 5).

4. *Il merito delle ordinanze: “il grano e l’oglio” nell’ordinanza Europea del Tribunale di Milano*

Il contenuto dell’ordinanza del Tribunale di Milano è di grande interesse, ma rischia di costituire, per eccesso di zelo, un’occasione perduta. I fatti sono chiari e avrebbero consentito certamente di sollevare in maniera oltremodo efficace la questione di pregiudizialità europea senza alcun bisogno di fornire alibi alla Corte di giustizia per affermare la sua incompetenza sulle regole endostatali sui licenziamenti individuali⁵⁴, di recente ribadita nel caso *Hernandez*, nel caso *Ploclava* e antecedentemente nel caso *Polier*⁵⁵.

⁵² La pronuncia *Global Starnet* non è certamente una replica alla 269 della Corte costituzionale, essendo stata pubblicata solo qualche giorno dopo il pronunciamento della Consulta. È quanto si evince dal botta e risposta tra Romboli e Ruggeri negli scritti citati alla nota 41.

⁵³ Si v. le posizioni di VITALE, *op. cit.*; ROSSI, *op. cit.*

⁵⁴ Su questi e su altri orientamenti pregiudizialmente “anti diritti sociali” della Corte di giustizia UE, si v. gli argomenti di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.), per sostenere, in modo forse eccessivamente unilaterale ancorché non scevro da coerenza argomentativa, la impraticabilità della via giudiziale (soprattutto se il veicolo è targato “Corte di giustizia europea”) ai diritti sociali fondamentali nello spazio europeo.

⁵⁵ C. Giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Grima Janet Nisttahuz Poclava c. Jose María Ariza Toledano*, punto 41; C. Giust. 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Víctor Manuel Julian Hernández e altri c. Regno di Spagna e altri*, punti 36 e 46; C. Giust. 16 gennaio 2008, causa C-361/07, *Olivier Polier c. Najar EURL*, ord., punto 13. Tali pronunciamenti, si ricorda, sono richiamati in un ampio contesto discorsivo della sentenza della C. Cost. 194/2018 tutto teso a dimostrare l’impossibilità di fondare il proprio pronunciamento sull’art. 30 della Carta di Nizza, da cui le ricordate critiche dirette di BALLESTRERO e indirette di ORLANDINI (*supra*, nota 14); sul punto pure PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), cit. Sulle sentenze *Poclava* e *Florescu* della CgUe e sugli spunti interpretativi, da esse emergenti, sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, si v. DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, p. 183 ss. Come già ricordato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194,

I fatti. In sede di opposizione a un giudizio di licenziamento secondo il rito Fornero il Tribunale solleva la pregiudiziale europea relativamente a un caso di licenziamento collettivo comminato, secondo il remittente, in violazione dei criteri di scelta. Nella fase sommaria il Tribunale aveva reintegrato tutti i lavoratori che avevano impugnato il licenziamento collettivo per lo stesso motivo, a eccezione della ricorrente assunta a termine prima del 7 marzo 2015, data di entrata in vigore delle tutele crescenti, ma il cui rapporto di lavoro era stato convertito successivamente a quella data e alla quale pertanto, per espressa disposizione della legge⁵⁶, non si sarebbe potuto applicare né il rito speciale, né la tutela reintegratoria debole⁵⁷, ma solo la tutela indennitaria nel rito del lavoro ordinario.

Si tratta del verificarsi del “caso di scuola” illustrato dai critici del Jobs act come ipotesi di lapalissiana violazione del principio di eguaglianza: lavoratori coinvolti nella medesima situazione di esubero, a cui si applica la medesima procedura di licenziamento, destinatari di una medesima pronuncia di illegittimità, in ragione di un identico motivo (violazione dell’art. 5 comma 1 l. n. 223/1991, sui criteri di scelta) riconducibile quindi a un’unica

“sdogana” per la prima volta l’art. 24 della Carta sociale europea, come norma interposta, per fondare la sua decisione. Il Tribunale di Milano, nell’ordinanza in commento, avanza critiche alla posizione della Corte, considerando il richiamo contenuto nelle spiegazioni dell’art. 30 Carta di Nizza all’art. 24 dirimente; tale argomento critico nei confronti della Corte cost. non appare persuasivo, posto che la Corte pone un problema di applicabilità dell’art. 30 in ragione dell’art. 51, primo comma, secondo cui “le disposizioni della presente carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”. Che poi l’art. 30 della Carta, essendo diritto dell’Unione, renda tale ragionamento un puro enigma logico è un altro discorso: si v. PEDRAZZOLI, *Commento all’art. 30*, cit. La Consulta con la sentenza 194, in effetti, altro non fa che appoggiarsi all’indirizzo della Corte di giustizia prima rilevato, posto che allo stato manca una normativa di attuazione europea sui licenziamenti individuali, e non considera sufficiente l’art. 30, con riguardo ai suoi contenuti, come parametro di misurazione della costituzionalità delle norme interne vagliate: l’ampio richiamo della Corte all’art. 24 della Carta sociale dimostra invece che, sul piano dei contenuti, in particolare per quel che concerne i profili rimediali, essa dimostra di leggere l’art. 30 della Carta di Nizza proprio alla luce dell’art. 24. Sui profili di rilievo inter-ordinamentale della sentenza 194, v. DELFINO, *La Corte costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, 5, p. 1 ss.

⁵⁶ Art. 1 comma 2 d.lgs. n. 23/2015: “Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”.

⁵⁷ Art. 10 d.lgs. 23/2015: “In caso di licenziamento collettivo (in) [...] violazione delle procedure richiamate all’articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all’articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all’articolo 3, comma 1”.

fattispecie di illegittimità di fatto e di diritto, a cui il giudice, per obbligo di legge, è costretto ad applicare *simultaneamente* due regimi processuali e due regimi rimediali diversi: le tutele crescenti del Jobs act e la reintegrazione debole della Fornero; il rito processuale ordinario e il rito Fornero. E ciò non solo e non tanto in ragione della diversa data di assunzione, ma per l'unica e decisiva circostanza che tutti i lavoratori reintegrati erano stati assunti con contratto standard, la lavoratrice – probabilmente per caso, per sfortuna, per voluta macchinazione datoriale, o per qualunque altra ragione anche legittimamente tecnico produttiva, non è dato sapere – con contratto a termine poi convertito successivamente al 7 marzo 2015. Quest'ultima è una differenza di rilievo rispetto al caso della Corte di appello di Napoli, in tutto identico al caso milanese tranne per il fatto che la medesima procedura di licenziamento collettiva aveva prodotto la differenziazione dei regimi di tutela in ragione del fatto che la lavoratrice licenziata era stata assunta dopo il 7 marzo 2015 in seguito a cessione di appalto, con assunzione immediata e diretta che, come è noto, produce comunque l'effetto della novazione contrattuale e quindi dell'applicazione del nuovo regime rimediale previsto dal Jobs act.

Nel caso oggetto di rinvio del Tribunale meneghino, si inserisce – oltre al profilo della violazione del principio di parità di trattamento previsto dall'art. 20 della Carta di Nizza – anche il profilo della violazione del principio di non discriminazione, meta principio europeo esplicitato in generale dall'art. 21 della Carta, ma specificato, con riguardo ai lavoratori a tempo determinato, dall'art. 4 dell'Accordo europeo sul contratto a termine allegato alla direttiva 1999/70/CE. Il richiamo all'art. 4 della direttiva sul contratto a termine rende particolare la pregnanza europea della questione sollevata, in ragione della notoria sensibilità della Corte di giustizia sia per il profilo specifico divieto di discriminazione contenuto nella direttiva, sia perché la Corte considera i principi di parità e di non discriminazione metaprincipi dell'ordinamento europeo (*Mangold, Küçükdeveci, Dansk Industri*)⁵⁸.

⁵⁸ Si v. sul punto PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato* http://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php: sul riferimento della Corte costituzionale n.194 al principio di parità, come parametro di giudizio, rispetto al principio di non discriminazione per età (un'occasione mancata secondo le autrici), il contributo di M. BARBERA, GUARRIELLO, *It is not our task, is it? Self-restraint and judicial activism in two judgments of the CJEU and the Italian Constitutional Court*, paper presentato alla *Conference on EU Equality*

La situazione del contratto a termine convertito – in virtù dell'accanimento regolativo, invero ottuso, del legislatore del *Jobs act* – viene, irragionevolmente equiparata a una ipotesi di nuova assunzione allo scopo della scelta del regime rimediabile applicabile (su questo il giudice di Milano spende parole, invero, efficaci): onde il lavoratore, in ragione della natura del proprio contratto originario (a termine) subisce, a detta del Tribunale, una evidente discriminazione indiretta vietata a norma delle disposizioni prima richiamate.

Se il Tribunale si fosse limitato a queste – si ribadisce – efficaci argomentazioni (“il grano”)⁵⁹, la Corte di giustizia sarebbe stata inchiodata a valutare la disposizione incriminata⁶⁰ alla luce del ferreo combinato disposto costituito dal trittico degli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza e dell'art. 4 della direttiva sul contratto a termine, oltre che della direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi; non si sarebbero certamente sollevati dubbi circa la competenza della Corte di giustizia, non venendo direttamente in gioco l'art. 30 della Carta (riferito al regime del licenziamento individuale e privo allo stato attuale di disposizioni europee di attuazione, per quanto si possano “spremere” altre disposizioni, secondo la posizione di M. Pedrazzoli).

L'art. 10 del *Jobs act* è una norma rimediabile, ma riferita alla diversa fattispecie dei licenziamenti collettivi regolata dalla 223/91 attuativa della direttiva 98/59/CE, ancorché adotta la medesima tecnica della legge sui licenziamenti individuali: è inserita formalmente in quel contesto, ma fa sostanzialmente corpo con la legge attuativa della direttiva sui licenziamenti collettivi.

Il giudice milanese, invece, non si accontenta di questo e in lunghissimi passaggi dell'ordinanza⁶¹ si attesta su argomentazioni che sembrano più rivolte in generale alla nuova disciplina dei licenziamenti *tout court*, piuttosto che al caso specifico del licenziamento collettivo e del contratto a termine. L'operazione del giudice milanese è chiara; approfittare del problema specifico per ottenere dalla Corte di giustizia almeno tre risultati:

Ottenere una sentenza che suoni critica della decisione della Corte co-

Law in Europe: A New Generation, European University Institute, Firenze 10-11 Ottobre 2019, anche sui passi indietro della Corte di giustizia in materia di *age discrimination*, rispetto a *Mangold*, nel caso *Abercrombie*.

⁵⁹ Che fanno capolino praticamente soltanto a pagina 34 dell'ordinanza del giudice milanese.

⁶⁰ V. art. 1, comma 2, e art. 10 del d. lgs. n. 23/2015.

⁶¹ Soprattutto, ma non solo, nelle pagine 29-33 di Trib. Milano 5 agosto 2019.

stituzionale n. 194/2018; in altri termini, l'ordinanza – letta nel suo complesso – finisce per costituire un invito alla Corte europea a farsi arbitra di una *querelle* di diritto interno e ad assumere quasi un ruolo di “super corte costituzionale”, o corte suprema di secondo grado, come se fossimo già in un ordinamento europeo di tipo federale, con corti supreme statali e una corte federale a cui spetta l'ultima parola⁶²: lunghissimi passaggi critici sono dedicati alla sentenza 194/2018 della Corte costituzionale utilizzando per intero l'armamentario della dottrina critica, soprattutto nei confronti di quei passaggi argomentativi con cui la Consulta, con riferimento al regime del licenziamento individuale, ha legittimato il doppio regime rimediale in ragione del fluire del tempo e alla sua giustificazione teleologica con riguardo al fine occupazionale (per riportare l'ambito del discorso dal piano interno a quello europeo, il giudice si limita a citare *Mangold*). Con ciò il giudice meneghino mostra di non intendere non solo il delicato equilibrio inter ordinamentale che un sistema ancora *in fieri* e multilivello, come quello europeo, presenta; ma pare altresì poco avvertito della prudenza che mostra la Corte di giustizia quando è tirata per la giacca a decidere questioni ad accentuato tasso di tradizione costituzionale interna e a confrontarsi, su questo piano, *vis a vis* con le Corti costituzionali domestiche (la saga Taricco *docet*).

Il secondo risultato perseguito dal Tribunale milanese è di ottenere una sentenza (*mission impossible*) che di fatto estenda il contrasto delle disposizioni interne con le norme e i principi europei richiamati, dall'art. 10 e 1 comma 2 del d.lgs. n.23/2015, all'art. 3 (in contrapposizione con l'art. 18 comma 4), senza alcuna distinzione tra regime di tutela del licenziamento individuale, soggettivo e oggettivo e regime del licenziamento collettivo (anche qui oglio). Come si vedrà, lo stesso risultato è perseguito, indirettamente e meno esplicitamente, e pertanto più sottilmente, dalla ordinanza della Corte di appello di Napoli. In quest'ultimo caso, infatti, – proprio per evitare ogni possibile commistione e dare alibi, in tal senso, alla Corte di giustizia – si formula la doppia pregiudizialità, dando comunicazione a quest'ultima di tale scelta⁶³.

⁶² In ciò, in effetti, il Tribunale milanese è giustificato dal fatto che la Corte di giustizia tende a riservarsi questo ruolo tramite il viatico della teoria del primato. Questione, quello del rapporto tra le Corti, in punta di teoria costituzionale e ordinamentale, davvero complessa per essere solo sfiorata in questa sede. Si rinvia ai saggi contenuti nel numero 3 del 2019 di *DPCE* di: Dani (introduzione), Massa, Di Martino, Saitto, Guazzarotti, Faraguna, Fasone, Mangia, Méndez e alle conclusioni di Bin.

⁶³ App. Napoli 27 novembre 2019 (ordinanza pregiudiziale europea, punto 18).

Terzo obiettivo perseguito dal giudice milanese (anche in tal caso “oglio” e *mission even more impossible*) è quello che ormai – per consolidato orientamento della Corte costituzionale domestica – non è possibile ottenere da quest’ultima⁶⁴: il riconoscimento da parte della Corte di giustizia – sulla base di una lettura in combinato disposto dell’art. 30 della Carta di Nizza, dell’art. 24 della Carta sociale e dell’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982⁶⁵ – della reintegrazione come rimedio ideale, perché effettivamente dissuasivo e integralmente riparatorio, per qualunque tipologia di licenziamento: individuale o collettivo, per inadempimento soggettivo, per inidoneità oggettiva, per ragioni economiche e/o organizzative. Il licenziamento illegittimo come fattispecie ontologicamente olistica a cui dovrebbe corrispondere un rimedio, la reintegrazione nel posto di lavoro, altrettanto, sebbene tendenzialmente, olistico (fatte salve micro eccezioni al margine, piccole imprese, dirigenti e così via).

Il Tribunale di Milano, trovandosi davanti a un caso di laboratorio per stimolare una pronuncia di probabile illegittimità delle tutele crescenti su un profilo parziale, ma certamente dubbio e per molti versi fondato (grano), eccede, dunque, per *hybris* e fornisce alla Corte di giustizia – che forse non aspetta altro⁶⁶ – un perfetto alibi per una pronuncia di incompetenza. La Corte viene infatti chiamata, di fatto, a dirimere una *querelle* di diritto interno: la complessiva garanzia rimediale delle tutele crescenti nei confronti di ogni tipo di licenziamento, a partire da quelli individuali che è tale solo se reintegratoria e non differenziata. Alla fine, quel che chiede sostanzialmente il giudice alla Corte di giustizia (l’intera argomentazione è curvata su questo risultato) è una pronuncia interpretativa non di una norma, ma di un sistema giuridico – la tutela rimediale contro il licenziamento *tout court* – che dovrebbe, invece, ispirarsi al rimedio deterrente in assoluto, la tutela in forma specifica, o integralmente riparatoria del danno. Tutto ciò secondo quanto previsto, a suo dire, dall’art. 24 della Carta sociale aggiornata, riletta in combinato disposto con l’art. 30 della Carta di Nizza in virtù delle spie-

⁶⁴ Per questo profilo le due ordinanze di pregiudizialità europea, quella dei giudici napoletani e quella del giudice milanese, si muovono, invero, in parallelo, come si dirà (*infra* § 5).

⁶⁵ Fonte internazionale quest’ultima, richiamata solo dal giudice milanese, e che la Consulta, nella motivazione della 194, non ha espressamente preso in considerazione perché non recepita in Italia.

⁶⁶ Almeno nelle pessimistiche valutazioni di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.).

gazioni contenute in quest'ultima e giusta l'interpretazione che, dello stesso art. 24, dà il Comitato Europeo dei diritti sociali, quantomeno in alcune sue decisioni⁶⁷. Un'argomentazione fortemente suggestiva, ad alto valore simbolico, ma a bassa probabilità di accoglimento.

Tale approccio tracimante del giudice milanese, non esclude ovviamente che la Corte di giustizia possa rimettere le cose a loro posto, circoscrivendo il proprio giudizio alla fattispecie di fatto in gioco e alle norme che in realtà rilevano (il grano). Vale a dire l'effettivo contrasto dell'art. 1 comma 2 (riguardante il lavoro a tempo determinato) e dell'art. 10 (appartenente al corpo della regolazione del licenziamento collettivo), con l'interpretazione coerente di principi europei (gli artt. 20 e 21) della Carta fondamentale, ma anche l'art. 30 (norma incompleta qualora la si ritenesse, comunque, riferibile, come in effetti si ritiene, anche ai licenziamenti collettivi) e i diritti nascenti dal diritto europeo derivato (l'art. 4 della direttiva sul contratto a termine e il divieto di discriminazione, e la direttiva sui licenziamenti collettivi).

In altri termini, una siffatta interpretazione di fondamentali disposizioni dell'ordinamento europeo osta a una norma interna come quella risultante dal combinato disposto dell'art. 10 e dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 23/2015 che, in un caso di sincronico licenziamento collettivo comminato a diversi lavoratori e dichiarato illegittimo per un unico motivo (nella specie violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della l. 223/91) produca conseguenze diverse, sia di carattere rimediabile sia di carattere processuale, per i singoli lavoratori per il solo fatto che uno di essi sia stato assunto con contratto a termine poi convertito dopo una certa data.

5. *La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali*

Più raffinato, come si accennava, l'approccio, soprattutto con riguardo alla strumentazione messa in campo, della Corte di appello di Napoli. Anche in tal caso gli strali sono rivolti contro il sistema rimediabile del Jobs Act con riguardo, formalmente, al regime del solo licenziamento collettivo. Anche il

⁶⁷ Comitato Europeo dei Diritti Sociali (Ceds) reclamo 31 gennaio 2017, *Finnish Society Social Rights c. Finland*, C. 106/14. Da ultimo, sull'utilizzo della giurisprudenza del Ceds nel discorso della Corte cost., si v. FORLATI, *Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *LD*, 2019, 4, p. 597 ss.

tal caso si contesta la irragionevolezza della difformità dei rimedi scaturente da un unico, sincronico ma plurimo, atto di licenziamento. Anche in tal caso l'orizzonte a cui guarda la Corte di appello è il rimedio della reintegra, nel doppio effetto integralmente riparatorio ed effettivamente dissuasivo e deterrente, che i giudici ritengono fortemente rivalutato dalla giurisprudenza del CEDS sull'art. 24 della Carta sociale aggiornata⁶⁸.

La Corte partenopea, tuttavia, prova a non incappare nei rischi in cui sembra incorrere il Tribunale di Milano: cioè di sollevare, in via di fatto, davanti alla Corte di giustizia un atipico giudizio di appello contro la sentenza 194 della Corte costituzionale, cercando magari di indurre la Corte europea ad allargare il perimetro del giudicato sino a provocare un pronunciamento tombale, non limitato alla disciplina rimediabile sul licenziamento collettivo, ma esteso anche al regime del licenziamento individuale vigente in Italia. Per non correre un tale rischio, e in ossequio rigoroso alla teoria della doppia e contestuale pregiudiziale (“*dual preliminary*” *situation*)⁶⁹, la Corte napoletana “biforca” i percorsi e, con una argomentazione a Y (argomenti in parte comuni, in parte diversi), articola le questioni sollevate di fronte alle due Corti supreme, affina e adatta gli argomenti e le richieste⁷⁰. Si tratta di argomentazioni possibilmente – almeno nei *desiderata* della Corte d'appello remittente – convergenti nel risultato, ma differenti nel percorso in ragione della strutturale natura multilivello dell'ordinamento europeo.

Ovviamente, una tale attenzione⁷¹ non pone al riparo da possibili esiti dei due paralleli giudizi instaurati in termini di inammissibilità più o meno

⁶⁸ App. Napoli 27 novembre 2019 e, più specificamente, pp. 56, 70 della ordinanza di remissione alla Corte di giustizia e seconda questione di pregiudizialità e punti 85 e, soprattutto, 86 della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale.

⁶⁹ Riferimenti alla teoria della doppia pregiudiziale in nota 15, all'intervento di RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti*, cit., p. 683.

⁷⁰ Secondo un certo indirizzo della Corte di giustizia (C. Giust. 22 giugno 2010, causa C-188/10, C-189/10, *Aziz Melki, Selim Abdeli* e C. Giust. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B e altri*), il giudice nazionale avrebbe potuto adire prima la Corte suprema domestica, restando comunque libero di sottoporre successivamente il caso alla Corte europea o addirittura di disapplicare la norma dopo lo scrutinio di costituzionalità favorevole, se considerata in conflitto con l'ordine europeo. La Corte napoletana ha preferito invece percorrere la strada della pregiudizialità sincronica; per più ampi ragguagli si rinvia a MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. *passim*.

⁷¹ La questione di costituzionalità è articolata in 109 punti, la questione pregiudiziale europea in 87 punti.

manifesta, incompetenza, infondatezza o manifesta infondatezza, cioè sino al rigetto nel merito di entrambi.

Vale tuttavia osservare che, in assenza di qualsivoglia meccanismo di coordinamento formale e/o informale dei percorsi decisionali tra le due Corti supreme e in mancanza di una corsia preferenziale presso la Consulta per le questioni di simultanea pregiudizialità⁷², l'esito in termini di priorità di giudizi e di effetti consequenziali è rimesso al caso.

Tutto ciò certamente finisce per generare un tasso ulteriore di incertezza oltre quello che normalmente segue a una questione di pregiudizialità singolarmente innescata presso una delle due Corti supreme. Ciò in ragione del fatto che non può essere escluso, in astratto almeno, un corto circuito decisionale tra le due Corti, posto che, come nel caso, nella scommessa della Corte d'appello remittente ci possa essere anche il pensiero recondito di due pronunce opposte: di conformità europea e illegittimità costituzionale; o, viceversa, di legittimità costituzionale e illegittimità europea. Ma una possibilità di conclamato conflitto sulla disciplina del licenziamento appare oltremodo improbabile, soprattutto perché si sono appena spenti i fari sul caso Taricco e non è pensabile che una delle due Corti, chiamate simultaneamente a pronunciarsi sulla medesima disciplina, abbia voglia di riaccenderli su un altro tema di possibile conflitto che, nell'immaginario giuridico collettivo nazionale, costituisce ancora un nervo scoperto.

In assenza di meccanismi espliciti di coordinamento degli esiti della doppia pregiudiziale si può, allora, ragionevolmente prevedere che il coordinamento avvenga in via di fatto: una Corte attende l'esito del giudizio dell'altra per poi provvedere conseguentemente.

Qualora fosse la Corte costituzionale ad attendere il giudizio della Corte di giustizia certamente si avrebbe sul piano pratico (ben altrimenti complesso sarebbe, infatti, il discorso teorico ordinamentale)⁷³ l'effetto di evitare, in caso di accoglimento della Corte di giustizia, la disapplicazione diffusa; ciò nella

⁷² Proposta sostenuta da RUGGERI, *Caro Roberto*, cit., p. 685.

⁷³ Con riguardo al profilo di giustizia costituzionale che la doppia, sincronica, pregiudiziale solleva, occorre rilevare che i teorici del monismo ordinamentale del sistema europeo non potrebbero non considerare logicamente prioritario il pronunciamento della Corte di giustizia in ragione del primato del diritto dell'UE. I teorici della natura ancora plurale dell'ordinamento europeo, invece, considerando separati i due sistemi di controllo di costituzionalità, arriverebbero probabilmente a conclusioni opposte: la Corte europea non potrebbe che attendere e prendere atto del pronunciamento della corte domestica e successivamente dar seguito, solo se passata indenne dal controllo di costituzionalità, al controllo di conformità della norma denunciata.

misura in cui, sulla base del pronunciamento della Corte europea, la Corte domestica si facesse carico di rendere *erga omnes* la dichiarazione di invalidità della norma non conforme. Diversa la possibilità in caso di pronuncia di conformità della Corte di giustizia: la Corte potrebbe essere indotta, come probabile, a seguire le orme della Corte europea pur mantenendo del tutto intatto un autonomo spazio per vagliare la legittimità, nell'ordinamento interno, della denunciata disciplina.

5.1. *Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale*

Con l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale la Corte d'appello non torna direttamente "alla carica" sulle tutele crescenti e sul diverso regime rimediabile in ragione del fluire del tempo, il che avrebbe rischiato di dar luogo a una pronuncia di manifesta infondatezza, a causa del precedente pronunciamento della Consulta sul medesimo punto. Il caso è formalmente diverso da quello su cui si già è pronunciata già la Corte con la sentenza 194, stimolata dal Tribunale di Roma, a margine dell'impugnazione di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (il che non ha impedito alla Corte costituzionale di incidere anche sul licenziamento per inadempimento).

La Corte d'appello si concentra sul combinato disposto degli artt. 10, 3 del d.lgs. 23/2015 e 5 della legge 223/91⁷⁴, sottolineando un'ulteriore irrazionalità (rispetto al caso già deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza 194) derivante dal fatto che i diversi regimi di tutela andrebbero applicati contemporaneamente e sincronicamente: stessa crisi aziendale, stesso licenziamento collettivo, stessa illegittimità (violazione dei criteri di scelta) ma due regimi di tutela diversi a lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione (in questo caso per successione di appalto dopo il 7 marzo 2015); diversità di regimi sia sostanziale sia processuale: indennitario (sino a 24 mesi in ragione della data di assunzione anteriore all'entrata in vi-

⁷⁴ In verità al punto 31 si fa riferimento all'art. 1, comma 2, per uno dei tanti refusi di cui è costellata l'ordinanza, norma sulla conversione del contratto a termine, che sembra non rilevare nella fattispecie (al contrario che in quella del Tribunale di Milano); nel caso oggetto della decisione della Corte d'appello di Napoli, la fattispecie è di fine appalto e non di conversione di contratto a termine; probabilmente il richiamo deve intendersi come nel punto 38, all'art. 2, comma 2, che fa riferimento alle modalità di calcolo dell'indennità (retribuzione utile per il TFR, anziché ultima retribuzione globale di fatto).

gore del decreto dignità, 12 luglio 2108) e con rito ordinario per la ricorrente; reintegratorio debole per gli altri, con rito processuale accelerato.

La Corte di appello⁷⁵ è consapevole che sul doppio regime in quanto tale (in realtà triplice dopo i rimaneggiamenti *more tempore* intervenuti), giustificato solo dalla data di assunzione, la Corte costituzionale si è già pronunciata negando il profilo di incostituzionalità, ma affida l'improbabile *revirement* a tre nuovi argomenti:

L'insussistenza nel caso del licenziamento collettivo dell'elemento giustificativo teleologico, utilizzato dalla Consulta nella 194, dell'incremento occupazionale (un licenziamento collettivo per definizione non può generare incremento occupazionale in quanto sortisce da una situazione di crisi).

La sincronicità della situazione (da licenziamento collettivo) con effetti diseguali per i singoli lavoratori coinvolti con una particolare irragionevolezza in questo caso del fluire del tempo come fattore di distinzione⁷⁶.

L'accentuazione della irragionevolezza della scelta dovuta al fatto che il diverso regime rimediabile non si limita soltanto alla differenza tra indennizzo e tutela reintegratoria, ma si estende a effetti collaterali apparentemente minori ma altrettanto vulneranti di norme e principi costituzionali: il *quantum* dell'indennizzo non più riferito all'ultima retribuzione globale di fatto ma alla retribuzione utile per il calcolo del TFR (secondo la Corte di Napoli riducibile, potenzialmente, a quantità irrisorie dalla contrattazione collettiva); la perdita dei contributi pensionistici; la collocazione del rischio della durata del processo sul lavoratore in ragione del mutamento del rito⁷⁷; il possibile effetto di *age discrimination* scaturente della stessa sentenza della Cort. Cost. 194 la quale, allo scopo del calcolo dell'indennità, indica, come criterio prioritario (secondo la Corte remittente), l'anzianità di servizio, con penalizzazione dei più giovani (argomento molto utilizzato anche nella pregiudiziale europea). Non a caso la batteria delle norme costituzionali richiamate, e asseritamente violate, è molto ampia: gli articoli 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111 oltre che, per i profili indotti di violazione delle norme dell'ordinamento europeo, gli artt. 10 e 117 primo comma. In ragione di tale ultimo profilo, molti argomenti sono ripresi⁷⁸, alcuni di peso altri in parte adattati, nella pregiudiziale europea⁷⁹.

⁷⁵ App. Napoli 27 novembre 2019, punto 44 della motivazione.

⁷⁶ Punti 46-48 dell'ordinanza.

⁷⁷ Punto 58 e punti 63 e ss., ove una forte rivalutazione del rito Fornero.

⁷⁸ Dal punto 68 in avanti.

⁷⁹ Tralasciando, perché meno rilevante, la seconda questione relativa all'eccesso di delega:

Il punto focale dell'ordinanza di rimessione – che costituisce la base della Y della doppia pregiudiziale – non è tanto, e non è solo, la diversità di regimi applicati contestualmente in ragione del tempo; quanto la diversa portata protettiva dei due rimedi in sé considerati, reintegratorio e indennitario, con la individuazione del primo quale rimedio effettivo, deterrente e integralmente riparatorio; al punto che la Corte articola⁸⁰ un ragionamento discutibile non solo in punto di legittimità costituzionale, ma di stessa di *policy*. La Corte partenopea si spinge, infatti, a giustificare sul piano assiologico il regime reintegratorio anche nel caso di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, perché considerato l'unico in grado di «dissuadere il datore di lavoro dall'esercizio, in occasione di una crisi aziendale, del potere di recesso in *forma arbitraria*, ma non necessariamente discriminatoria assicurando una pienezza di tutela [quella reintegratoria *nda*] in ragione degli interessi costituzionali che entrano in gioco nella procedura di licenziamento collettivo».

Se l'interesse a cui fa riferimento la Corte partenopea è il mantenimento del posto di lavoro *in astratto* (l'art. 4 della Costituzione), evidentemente il giudice del merito sbaglia bersaglio, nella misura in cui trascura che il rimedio reintegratorio alla violazione dei criteri di scelta, in una situazione di crisi acclarata, come orizzonte massimo può conseguire che anziché “Tizio” venga licenziato “Caio”; dunque, alla fine, soltanto un prolungamento del tempo di durata della gestione della crisi, a seguito di aggiustamento o, più prudentemente, di rinnovo della procedura; il che potrebbe comportare nocimento alla possibilità stessa di ripresa dell'azienda, onde ulteriori licenziamenti. Se la crisi è reale – e il giudice non può, comunque, sindacarne il motivo – una riduzione di posti di lavoro, alla fine, *in concreto*, ci sarà in ogni caso. La disciplina europea sui licenziamenti collettivi, per come recepita dal legislatore italiano, pone, come ricordava Massimo D'Antona⁸¹, soltanto oneri

secondo il giudice, la legge delega n. 183/2014, facendo riferimento al licenziamento economico aveva inteso lasciar fuori il licenziamento collettivo. L'aspetto che sembra contraddittorio, per questo profilo, è che, dopo aver sostenuto la separazione nell'atto di delega tra licenziamento collettivo e individuale, per giustificare la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega, l'ordinanza tende a ricostruire unitariamente, e criticamente, il sistema rimediale per provocare una dichiarazione di incostituzionalità “tombale”.

⁸⁰ Dal punto 56 e seguenti dell'ordinanza.

⁸¹ D'ANTONA, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/91*; ID. «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, ora in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, p. 869 e p. 883 e ss.

procedurali di informazione e concertazione (la possibilità di ricorrere a misure alternative anche su impulso delle organizzazioni sindacali) e inserisce il controllo di merito del sindacato che si sostituisce a quello del giudice sulle ragioni del licenziamento⁸². In una procedura di licenziamento collettivo, la crisi aziendale, che determina la riduzione di attività e dell'occupazione, e dunque il licenziamento, è 'in sé' giustificata; l'esercizio del potere di riduzione è in sé razionale e non limitabile come riconosciuto dalla stessa Consulta nel 1994⁸³, posto che la procedura altro non fa che proceduralizzare un potere datoriale altrimenti libero; tale ricostruzione è ormai diritto vivente giurisprudenziale, malgrado alcuni tentativi contrari operati dalle corti di merito e sconfessati sempre dalla Cassazione⁸⁴.

Non c'è, allora, spazio, per definizione, per un uso "arbitrario" del potere datoriale: se il criterio di scelta fosse, direttamente o indirettamente, discriminatorio il licenziamento sarebbe nullo in sé, non per violazione dei criteri di scelta *ex art. 5 della l. 223/91*. La scelta di chi licenziare, altrimenti libera, è proceduralmente vincolata dal legislatore per fini sociali (art. 41 secondo comma, Cost.), ma rientra pienamente nell'ombrello di copertura dell'art. 41 primo comma. Non a caso il legislatore non oblitera le esigenze tecnico produttive e organizzative e, anzi, le mette in posizione paritaria (in concorso) con quelle sociali e soltanto nel caso in cui la contrattazione collettiva non abbia individuato altre priorità che non escludono affatto la possibile prevalenza dei criteri produttivi su quelli sociali.

Lo Stato, poi, si fa carico di sostenere finanziariamente misure conservative alternative al licenziamento (la Cigs, il Fis, il contratto e l'assegno di solidarietà) che consentano all'impresa di ridurre l'impatto sociale di una scelta, comunque, legittima, ovvero di intervenire a valle della crisi aziendale, con gli ammortizzatori sociali passivi e, possibilmente e ancor meglio, con efficaci politiche attive di ricollocazione⁸⁵.

⁸² Si v. sul punto un accenno al dibattito dottrinale e ai riflessi di armonizzazione dei sistemi europei generati dalla direttiva in PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, pp. 19-20, 26.

⁸³ C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

⁸⁴ Per l'orientamento maggioritario secondo cui il sindacato giudiziale non può riguardare i motivi specifici di riduzione del personale (cioè la sussistenza di effettive esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva), ma soltanto la legittimità e la correttezza della procedura, in relazione agli artt. 4 e 5 della l. 223 del 1991, né tantomeno può portare alla prospettazione di diversi assetti organizzativi o diverse scelte imprenditoriali, Cass. 26 novembre 2018, n. 30550; App. Roma 20 maggio 2019, n. 2150 e App. Roma 4 aprile 2019, n. 1532.

⁸⁵ Come fa notare PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., pp. 7-8, lo stato predispone ovunque

Onde è notorio che quasi sempre il controllo del giudice sui criteri di scelta non è certo finalizzato ad evitare l'utilizzo arbitrario del potere di scelta, ma a sindacare vizi meramente formali sulla (irrisolta legislativamente) concorrenza dei criteri sociali e tecnico produttivi e sulle priorità aziendali, ovvero sugli ambiti e le unità produttive di riferimento (in caso di strutture complesse) su cui applicare i criteri di scelta tecnici e sociali: quasi sempre, in tali casi, si tratta di modalità di applicazione dei criteri su cui i giudici non concordano, ovvero che palesano errori marchiani da parte delle imprese.

Se ciò è vero, appare evidente come la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi possa giustificare⁸⁶, sul piano della regolamentazione, l'opportunità di una sanzione meramente risarcitoria: un costo ulteriore a carico dell'impresa (oltre a quello dell'indennità di preavviso e del finanziamento Nاسpi già per legge a carico dell'impresa che decida di licenziare), che funga da assicurazione privata nel mercato del lavoro, del lavoratore ingiustificatamente licenziato (sino a 36 mesi dopo il decreto dignità come riconosce, *en passant*, la stessa Corte di appello).

La deterrenza a carico del datore di lavoro in crisi, di una ulteriore somma, non certamente irrisoria ormai, a titolo di risarcimento, non va pertanto sottovalutata. Che su tali somme possano essere anche calcolati i contributi o che esse debbano essere calcolate sulla base dell'ultima retribuzione di fatto percepite dal lavoratore, si può pure discutere: si tratta di ritocchi riformatori e di messa a punto regolativa, affidabili a un intervento razionalizzatore del legislatore (*infra* § 6), ma non certo a una ulteriore sentenza demolitoria della Consulta a cui non si può certamente affidare il ruolo di affinare la regolamentazione a colpi di sentenze che, a pezzi e bocconi, individuino la regola politicamente equilibrata: non sarebbe certamente questa anomala funzione para-legislativa quel che il legislatore costituente ha inteso affidare alla Corte cost., nel complessivo equilibrio dei poteri, con il controllo incidentale.

misure di sicurezza sociale per far fronte anche al licenziamento economico per ragioni legittime in ragione della fondamentale dimensione di *welfare* che lo permea quale rischio sociale. L'Autore considera socialmente marginale, in quanto riferito a situazioni peculiari, il licenziamento per inadempimento e invece centrale l'ipotesi, in quanto fisiologica, del licenziamento per ragioni economiche. Su questa sovrapposizione della valutazione statistica su quella assiologica, si dissente per le ragioni che si diranno *infra* § 6.

⁸⁶ A prescindere dall'ipotesi del licenziamento orale che richiama una arbitrarietà a monte della scelta produttiva, onde la sanzione reintegratoria prevista anche dall'art. 10 del d. lgs. 23/2015.

Il tema è, alla fine, sempre quello sollevato teoricamente da Marcello Pedrazzoli⁸⁷ e in qualche modo perseguito con qualche sbavatura tecnica, ma nulla di più, dalla riforma Fornero e, nel caso del licenziamento collettivo, modificata ragionevolmente dal Jobs Act; nessun ordinamento considera, e può considerare, la reintegra o la riparazione integrale del danno come rimedio olistico per ogni fattispecie di licenziamento invalido: per inadempimento, per inidoneità oggettiva, e per impossibilità sopravvenuta; si tratta di fattispecie di invalidità che giustificano rimedi non solo strutturalmente diversi, ma anche dissuasivamente gradati.

5.2. La questione di pregiudizialità europea

Nella ordinanza europea la Corte d'appello si preoccupa nell'*incipit* di spiegare⁸⁸, oltre che comunicare alla Corte di giustizia, il fondamento della doppia pregiudizialità costituzionale ed europea ("profili simili non pienamente sovrapponibili")⁸⁹ e il diverso obiettivo perseguito nella dimensione ordinamentale multilivello (l'"espunzione delle norme denunciate dall'ordinamento nazionale e l'interpretazione delle norme sovranazionali primarie, al fine di consentire [...] l'esercizio delle facoltà che l'adesione al Trattato consente"). Già questo, come rilevato, costituisce un profilo di sicuro interesse e oggetto di riflessioni plurime in punto di giustizia costituzionale che non possono essere riprese in questa sede.

L'ordinanza si articola poi in quattro pregiudiziali. Le prime tre sono in qualche modo sovrapponibili: l'interpretazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, in chiave tutela effettiva, adeguatezza, proporzionalità e deterrenza, come limite esterno e parametro di valutazione per misurare l'aderenza del

⁸⁷ PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 20: "gli è che quando nel bilanciamento di principi costituzionali, accanto al diritto al lavoro gioca quello alla libertà di iniziativa, difficilmente espressioni come "riduzione o trasformazione di attività e lavoro" sono atte ad indurre una selezione univoca. Quando, ad esempio, fra i possibili obiettivi sottostanti alla decisione imprenditoriale, si distingue fra quello di salvare l'impresa e/o la sua concorrenzialità, e quello di aumentarne il rendimento, accrescendo il profitto, *quid juris?* Il percorso argomentativo diventa accidentato; e la pretesa di trarre nei due casi conclusioni opposte sul piano del trattamento normativo è inevitabilmente controvertibile".

⁸⁸ Punto 17 ss.

⁸⁹ "Doppia rilevanza di possibile conflitto, potendo contemporaneamente incidere su un piano costituzionale interno e su diritti e principi sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione".

diritto interno a quello europeo, contro ogni tipo di licenziamento e in particolare con riguardo al licenziamento collettivo regolato dalla direttiva 98/59/CE. Secondo la Corte di Napoli, un'interpretazione dell'art. 30, comprensivo del richiamo all'art. 24 della Carta sociale per come riletta dal Comitato (seconda e terza pregiudiziale), osta a un regime di tutela contro il licenziamento collettivo come quello italiano che sia solo parzialmente risarcitorio e non reintegratorio o integralmente risarcitorio.

La Corte di appello ritiene⁹⁰ – in implicita ma chiara contrapposizione, in questo caso, al consolidato indirizzo della Corte costituzionale italiana (sentenza n. 46/2000)⁹¹ – che alla luce del quadro europeo di tutela effettiva contro il licenziamento, prima delineato, non esista una piena e discrezionale autonomia dei singoli paesi in materia di rimedi al licenziamento (*rectius* ad ogni tipo di licenziamento). Ciò perché i caratteri di tutela effettiva secondo lo standard europeo ritenuto massimo, e integrante un diritto fondamentale (di fatto si teorizza una sorta di costituzionalizzazione europea del rimedio della reintegra per ogni tipo di licenziamento), costituiscono il contenuto essenziale della tutela contro il licenziamento illegittimo. Con la quarta pregiudiziale, effettivamente autonoma dalle prime tre, la Corte introduce – in tal caso in aperto contrasto con la decisione della Corte costituzionale 194/2018 – l'argomento della violazione dei principi di non discriminazione e parità di trattamento e del diritto alla sicurezza sociale (art. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) – ma anche di tutela effettiva ex art. 47 della Carta – con riguardo ai due regimi di tutela differenti in ragione del fluire del tempo; e introduce pure la suggestione della *age discrimination* con riguardo al *vulnus* che il sistema rimediario italiano finirebbe per produrre sui giovani in ragione del criterio dell'anzianità di servizio (stranamente la Corte non considera neppure, né mette al corrente la Corte di giustizia, che nel sistema italiano di licenziamento collettivo proprio il criterio dell'anzianità – di servizio o anagrafica – è uno di quelli normalmente utilizzati nella scelta di chi licenziare, sempre a svantaggio dei più, relativamente e comparativamente, giovani).

Al contrario del Tribunale di Milano la curvatura delle questioni di pregiudizialità direttamente ed esplicitamente sul regime del licenziamento col-

⁹⁰ P. 63 della ordinanza pregiudiziale europea.

⁹¹ Per questo orientamento invece ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento*, cit.; ID. *Le fonti di diritto internazionale*, cit.

lettivo, dovrebbe mettere al riparo la sollevata questione dai rischi di dichiarazione di incompetenza da parte della Corte di giustizia, ma pare evidente che l'obiettivo perseguito dalla Corte di appello sia una sorta di effetto domino: se la Corte di giustizia dovesse accettare le pregiudizialità europea la ricaduta (e lo sconvolgimento) sull'intero impianto delle tutele crescenti, e persino sulla Fornero, sarebbe evidente. Dopo di che il Giudice delle leggi non potrebbe che prenderne atto per evitare il conflitto ordinamentale e adeguarsi (non pare proprio che la tutela risarcitoria, a quel punto, possa essere rivendicata come controlimita ordinamentale da parte della Corte costituzionale in ossequio alla sua giurisprudenza).

6. *Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediabile della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore*

La previsione di scrive è che né la nuova questione di legittimità costituzionale, né le due questioni di pregiudizialità europea sollevate dai giudici italiani alla fine sortiscano gli effetti tellurici sulle tutele crescenti a cui sono mirate. Troppo recente e chiaro, nella sua finalità di mediazione anche politica, l'equilibrio raggiunto dai giudici costituzionali, sia con la sentenza 194, sia con le pronunce precedenti sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale. Troppo resta la Corte di giustizia ad impegnarsi su questioni di rilievo domestico più che europeo come quello del regime rimediabile interno; e ciò malgrado le recenti e forti aperture del Comitato Europeo dei Diritti Sociali la cui giurisprudenza non pare, tuttavia, sino ad ora entrata in dialogo diretto con la Corte di giustizia. Troppo recente, poi, il caso Taricco perché le Corti possano aprire un nuovo fronte di conflitto che non rimarrebbe, in questo caso, materia riservata agli addetti ai lavori per la ricaduta che avrebbe, data l'incandescenza della materia, sull'opinione pubblica e sugli equilibri interni di governo.

Tutto ciò non solo non sottrae spazio ma conferma l'opportunità che la parola ritorni al legislatore: a un legislatore saggio e non mosso da atteggiamenti iconoclastici che volesse giocare, anche d'anticipo, rispetto al giudizio incardinato davanti alle Corti supreme (magari togliendo loro le castagne dal fuoco).

I giudizi pendenti, e che vanno moltiplicandosi, costituiscono, infatti,

sollecitazioni forti per un intervento di razionalizzazione di una disciplina che, come da più parti si sostiene⁹², ha subito tanti e tali rimaneggiamenti da apparire troppo frammentata, sfilacciata e alla fine incerta, con quel che ne segue in termini di prevedibilità degli effetti e conseguente disagio per gli operatori⁹³.

Il punto di partenza non può che essere un ritorno allo spirito della Fornero e non certo all'art. 18 dello Statuto, come vorrebbe la Cgil⁹⁴, ma con una radicale rimessa in discussione del Jobs act con riguardo al regime rimediabile del licenziamento disciplinare. Alla presa d'atto della diversità morfologica (duale in Italia, triadica altrove)⁹⁵ della fattispecie giustificativa del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi (in primo luogo reintegratorio e indennitario) con ulteriori possibili sotto-classi differenziali (forti e deboli) non tali tuttavia da frammentare eccessivamente il quadro come, in effetti, con la stessa riforma Fornero è avvenuto.

⁹² In tal senso DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, p. 637, che, a proposito dei regimi rimediabili, parla di una selva intricata di ben 12 diversi regimi sanzionatori. Secondo TUCCI e la tabella presentata su *Il sole* 24 ore del 11 luglio 2018, i regimi sarebbero 13: *Caos normativo, per i licenziamenti i regimi di tutela salgono a 13*. Secondo altri schemi circolanti nel web, sarebbero addirittura 15 dopo gli ultimi cambiamenti: <https://www.dirittolavoro.com/2019/07/22/le-diverse-conseguenze-dei-licenziamenti-illegittimi-nel-vigente-ordinamento/>.

⁹³ Sono interessanti i risultati che emergono dal fascicolo presentato dalla Commissione di certificazione dell'Università Roma 3, ove si analizzano gli scostamenti degli indennizzi decisi dai giudici di merito per licenziamenti individuali in regime di tutele crescenti (dopo la sentenza della Corte n. 194) rispetto a quel che sarebbero dovuti essere sulla base dell'applicazione del criterio aritmetico, obbligato, dell'anzianità di servizio: il dato cumulativo, già interessante in sé, è che, nelle 37 sentenze prese in considerazione (certamente non un campione avente valore statistico ma solo indicativo), si sono irrogate condanne per 263 mensilità rispetto alle 123,8 mensilità che si sarebbero invece dovute irrogare con il criterio matematico: praticamente più del doppio. Altrettanto interessante è il dato che i giudici utilizzano con grande parsimonia il potere di determinazione dell'indennizzo nel massimo (il risarcimento maggiore è di 15 mensilità) e ciò sembrerebbe una tendenza ancora in atto, anche dopo l'entrata in vigore del decreto dignità che ha, com'è noto, aumentato il massimo rispetto alle tutele crescenti (ma qui i casi analizzati sono molto limitati e quindi poco significativi in assoluto). Pare comunque importante riprendere, sistematicamente, questa tipologia di ricerca, con metodo interdisciplinare, sui "fatti" anche nell'ambito degli studi giuslavoristici, così come avvenne nella fase del rinnovamento del metodo: si fa riferimento alle ricerche dei gruppi bolognesi e baresi e alle indagini sull'applicazione giurisprudenziale dello Statuto coordinate da T. Treu alla fine degli '60 e all'inizio degli anni '70 del secolo scorso.

⁹⁴ Si v. la proposta contenuta nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil, art. 83.

⁹⁵ Si rinvia alla citata ricerca comparata curata da PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit.

6.1. *Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare*

Come si è già rilevato, la differenza morfologica tra licenziamento per cause soggettive e per ragioni *lato sensu* economiche è strutturale. Il licenziamento per ragioni soggettive sarà pure statisticamente relegato al margine rispetto al licenziamento per ragioni economiche come ricorda Marcello Pedrazzoli, ma rimane “costituzionalmente pericoloso” come ebbe a scrivere F. Mancini⁹⁶. A prescindere dal licenziamento nullo perché discriminatorio o ritorsivo, su cui la convergenza dei sistemi europei a favore del rimedio ripristinatorio pieno è stata oggetto di rilevazione comparata, il nodo lasciato aperto dalla riforma Fornero è il licenziamento soggettivo illegittimo perché sproporzionato. Un fatto intenzionale implicante una infrazione di poco momento, un inadempimento non notevole ancorché disciplinarmente rilevante, genera comunque l’efficacia del licenziamento ma un indennizzo, oggi, non certamente di scarso rilievo nel massimo, e con applicazione prudente dei giudici di merito anche dopo la sentenza n.194 della Consulta⁹⁷.

⁹⁶ MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Giuffrè, 1965, p. 95. Tesi poi ripresa da D’ANTONA (*La reintegrazione nel posto di lavoro*, p. 87, ora in B. CARUSO, SCIARRA, cit.), secondo il quale il licenziamento disciplinare è capace “di spiegare all’interno di una relazione privata una efficacia tale da mettere in pericolo libertà e diritti fondamentali della persona”, ove il riferimento alla posizione di NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell’impresa*, in *DL*, 1956, p. 10 ss., che mette in rilievo i profili di sicurezza esistenziale che la disciplina a tutela del licenziamento illegittimo per colpa presenta.

⁹⁷ Se si eccettua la limitata rilevazione della Commissione di certificazione dell’università di Roma 3 (*supra*, nt. 93), mancano ancora rilevazioni sistematiche sugli orientamenti giurisprudenziali in termini di *quantum* dell’indennizzo. Da quel limitatissimo campione, come si accennava, risulta tuttavia che i giudici di merito sembrano orientati a contenere gli indennizzi nel massimo pur giungendo, dopo la sentenza della Consulta n. 194, ad attestarsi su somme superiori a quelle previste con il sistema matematico delle tutele crescenti. Quel che si evince è che, in alcuni casi, i giudici utilizzano certamente anche il criterio del comportamento delle parti e in particolare del datore di lavoro nel caso di licenziamento per inadempimento per innalzare la quantificazione dell’indennizzo, cfr.: Trib. Venezia 9 gennaio 2019 (ma di un solo mese rispetto al criterio matematico dell’anzianità); App. Firenze 14 gennaio 2019 (11 mensilità aggiuntive); Trib. Cosenza 2 febbraio 2019 (tre mensilità aggiuntive); App. Roma 25 febbraio 2019 (6 mensilità aggiuntive); Trib. Milano 26 febbraio 2019 (due mensilità aggiuntive); Trib. Roma 9 aprile 2019 (4 mensilità aggiuntive); Trib. Caltanissetta 5 aprile 2019 (appena una mensilità aggiuntiva); Trib. Venezia 12 giugno 2019 (10 mensilità aggiuntive, 14 in tutto, in un caso di licenziamento non solo sproporzionato, ma su cui lo stesso Tribunale dubita circa la reale sussistenza del fatto contestato; con addebito, tuttavia, della insufficienza della prova della insussistenza – prova negativa – sul lavoratore).

E tuttavia non è sufficiente, per l'effetto ripristinatorio del rapporto, che il giudice lo dichiari illegittimo sulla base della ponderazione degli interessi e della valutazione delle circostanze di fatto in varie guise attenuanti la responsabilità. In tale situazione – al contrario di altri ordinamenti ove i Tribunali possono ordinare la ricostituzione del rapporto (Gran Bretagna, Germania) – al giudice italiano questa possibilità non è data. In regime di Jobs Act a una infrazione lieve, contestata e accertata, può seguire il trauma della interruzione del rapporto⁹⁸, in alcuni luoghi di lavoro ove il datore adotti una *policy* disciplinare rigorosa, con il giudice che valuta, di volta in volta, e secondo parametri non del tutto liberi ma “orientati”, il *quantum* di risarcimento, variabile entro un range ormai elevato; in altri no, se il datore decide di non seguire il medesimo rigore e applicare il principio di proporzionalità (a una infrazione lieve non corrisponderà la sanzione massima ma una sanzione conservativa, come è giusto che sia).

È proprio questo il meccanismo che fa sostenere alla parte della dottrina più schierata a favore del Jobs Act – e, invero, anche a un indirizzo giurisprudenziale importante, ma non certo maggioritario⁹⁹ – che la sanzione ripristinatoria da “sole” del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo sia stata ridimensionata al ruolo di “pianetino”: una tutela al margine del sistema. Con la conseguenza, ermeneuticamente importante, che considerando la tutela obbligatoria basica (quella forte) meccanismo *default*, essa andrebbe applicata in tutte le ipotesi in cui dal sistema non risulti chiaro quale sia la tutela applicabile: licenziamento in ragione del trasferimento di azienda o di ramo; licenziamento connesso alla mancata accettazione della trasformazione del lavoro in *part time* o viceversa e così via; limitando, in tal modo, il rinvio al rimedio ripristinatorio contenuto nell'art. 18 primo comma e nell'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 (altri casi di nullità previste dalla legge, con l'aggiunta dell'avverbio “espressamente” nelle tutele crescenti).

Tale ipotesi interpretativa potrebbe forse avere un qualche fondamento guardando alle tutele crescenti – ove è evidente l'intenzione del legislatore di ridimensionare in maniera decisiva il rimedio della reintegra e indebolire lo stesso sistema indennitario – ma questo non è certamente vero per la riforma Fornero, ove sistematicamente è molto chiara invece l'intenzione di un riequilibrio ragionevole del sistema, non certo di un drastico ridimen-

⁹⁸ Il caso di Trib.Venezia 12 giugno 2019, citato alla nota precedente, palesemente iniquo.

⁹⁹ La già citata sentenza della Cassazione: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

sionamento della tutela ripristinatoria a favore di quella indennitaria, attuato invece con il *Jobs Act*.

Il sistema della legge Fornero agisce certamente su un punto importante con riguardo al licenziamento per colpa: disancora la tutela ripristinatoria dal principio di proporzionalità della fattispecie e lo fa in maniera tale da porre al riparo, come la stessa Consulta ha riconosciuto, tale cambiamento da profili di costituzionalità (l'argomento del *fluire del tempo* non è stato fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza 194).

La riforma Fornero, in ossequio al principio del bilanciamento, tuttavia “compensa” questo importante ridimensionamento della regola della proporzionalità legale nel licenziamento (fissata, in generale, per il potere disciplinare dall'art. 2106 del c.c.), con la valorizzazione della regola della proporzionalità di fonte negoziale, fissata cioè dall'autonomia collettiva, la cui violazione consente al giudice il ripristino del rapporto¹⁰⁰.

Basta solo questa ipotesi per smentire la tesi della tutela obbligatoria come regola *default* nel sistema Fornero: un fatto non ritenuto grave dall'autonomia collettiva (non tale da giustificare il licenziamento come sanzione proporzionata), anche se disciplinarmente rilevante, non solo non può determinare il licenziamento legittimo, ma nel caso di dichiarazione di illegittimità per violazione del disposto contrattuale, consente al giudice di dichiararne anche l'inefficacia (sistema della reintegra debole: art. 18, comma 4).

In altri termini, la regola della proporzionalità, allo scopo della reintegra, con la riforma Fornero, viene trasferita dal piano della regola generale e astratta del precetto legale (art. 2106 c.c.) e della conseguenziale sussunzione dei fatti disciplinari nel principio legale di proporzionalità in concreto, al piano, non meno rilevante giuridicamente, ma certamente più dipendente dalla precisione descrittiva (a volte invero carente e fonte di incertezza)¹⁰¹

¹⁰⁰ Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro perché “il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, annulla il licenziamento e dispone la reintegrazione debole o attenuata.

¹⁰¹ Nei contratti collettivi la descrizione dell'infrazione, allo scopo della graduazione delle sanzioni (sino al licenziamento), fa spesso riferimento al connotato/requisito del tutto generico della “gravità” del medesimo comportamento per determinare il tipo di sanzione che circolarmente rinvia poi all'accertamento dei fatti operato dal giudice e conseguentemente al suo

della fattispecie di infrazione di origine contrattuale collettiva e della predisposizione della relativa sanzione.

Un tale sistema certamente ha il potenziale limite, rispetto al sistema della proporzionalità legale con effetti ripristinatori, di duplicare la valutazione e la calibratura della regola di proporzionalità (prima da parte dell'autonomia collettiva, poi da parte del giudice). La regola della proporzionalità convenzionale, inoltre, risulta – quanto a efficienza e precisione descrittiva della norma allo scopo della certezza dell'operazione sussuntiva – dipendente dalla “qualità” del codice disciplinare inserito nei contratti collettivi; intendendosi per qualità una selezione ragionevolmente discreta e adeguatamente descrittiva, oltre che prescrittiva, delle fattispecie di infrazione e delle relative sanzioni con riguardo al grado della colpa e della responsabilità. Si tratta, invero, di codici, nella migliore delle ipotesi, non certamente in grado di assumere e imbrigliare per intero la complessa realtà dei comportamenti di inadempimento, anti-giuridici e intenzionali, nelle mutevoli e complesse realtà dei palcoscenici di vita reale che sono diventati, soprattutto oggi, i luoghi di lavoro; né in grado di tarare e misurare e descrivere con assoluta esattezza il diverso grado della colpa allo scopo della giusta sanzione.

L'apparato rimediabile, congegnato dalla legge Fornero, tuttavia costituisce certamente un sistema in grado di evitare la disparità di trattamento derivante dal medesimo fatto lieve, disciplinarmente rilevante, (ma *non* sanzionato dal contratto collettivo con il licenziamento) che produce, in un caso (regime Fornero), un licenziamento invalido ed inefficace (non applicandosi, allo scopo della reintegra, la regola della proporzionalità legale con riguardo al fatto contestato, ma solo quella convenzionale) e, in uno simile, un licenziamento invalido ma efficace (non applicandosi nel regime del Jobs Act, allo scopo della reintegra, né la regola della proporzionalità legale né quella convenzionale).

Tale palese differenziazione di trattamento di casi uguali viene evitata nella misura in cui – come consentito nel sistema Fornero al netto dal Jobs act – a integrazione del sistema rimediabile legale, risulti operativo (meglio ovviamente se razionalmente dettagliato) un sistema convenzionale adeguato di rilevazione del grado della colpa e della responsabilità, con riferimento alle diverse infrazioni e sanzioni disciplinari, in grado di indirizzare la valutazione di proporzionalità del giudice anche con riguardo alla “qualità” del rimedio e non solo al quantum dell'indennizzo.

Ciò certamente avverrebbe in maniera più adeguata di quanto in effetti

succede oggi – laddove si applica, sempre più residualmente, in ragione del fluire del tempo, il regime Fornero – se gli attori sociali vi avessero fatto consapevolmente da sponda, adeguando, con regolazioni più precise, i contratti e i codici e tendenzialmente coordinandoli per evitare differenziazioni eccessive tra settori produttivi.

Va peraltro rilevato, in via generale, che proprio l’aver espunto il principio di proporzionalità legale dalle ipotesi di inefficacia di licenziamento illegittimo ha costretto i giudici più sensibili a tale principio, originariamente, a inventarsi la teoria del fatto giuridico, comprensivo del giudizio di proporzionalità¹⁰² e – dopo la inequivocabile presa di posizione della Corte di Cassazione sulla inconferenza della valutazione di proporzionalità in concreto con riguardo all’accertamento della sussistenza del fatto allo scopo della individuazione del rimedio – ad attestarsi sulla frontiera della rilevanza disciplinare del fatto materiale¹⁰³: se il fatto “sbiadisce” oltre un certo limite quanto a pregnanza disciplinare e se comunque non superi, a una valutazione di primo acchito, la soglia dell’inadempimento notevole (la proporzionalità in astratto)¹⁰⁴, esso anche se sussistente, si “smaterializza” sino a entrare nel buco

convincimento. Difficilmente i contratti collettivi scandiscono e circoscrivono con precisione i contorni delle fattispecie di infrazione alle quali collegare in via gradata la tipologia delle sanzioni o l’intensità di esse.

¹⁰² La sentenza simbolo, in tal senso, fu Trib. Bologna 15 ottobre 2012, una delle prime già all’indomani della legge Fornero. Si trattò di un orientamento, anche dottrinale (si v. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4/5, p. 785 ss.), che probabilmente contribuì a produrre l’irrigidimento successivo del legislatore del *Jobs act*.

¹⁰³ La prima, meno meditata, sul fatto materiale fu Cass. 6 novembre 2014, n. 23669; poi, a ristoro di un maggior equilibrio interpretativo, Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745 e Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 e, con riguardo al *Jobs act*, Cass. 8 maggio 2019, n. 1274 (laddove si afferma l’applicabilità della reintegra anche nelle ipotesi in cui il fatto pur sussistente non presenti profili di illiceità). Secondo i recenti *arrêt* della Suprema corte, orientamento che si può considerare ormai consolidato, un fatto contestato deve avere i crismi minimi della condotta disciplinare: se esso non soltanto non è stato commesso o non è stato commesso con intenzione (forza maggiore), ma costituisce una condotta disciplinarmente irrilevante a giudizio insindacabile del giudice (non supera la soglia minima della rilevanza) il fatto non sussiste anche se sia materialmente avvenuto: a questo approdo della Cassazione ha contribuito anche la lucida ed equilibrata messa a punto della teoria del fatto disciplinare sussistente elaborata da DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare contestato, clausole elastiche “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, 2, p. 279 ss.

¹⁰⁴ Secondo una tesi ciò avverrebbe perché è rimasta invariata la fattispecie di giustificato motivo soggettivo che fa riferimento all’inadempimento notevole: AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 895, secondo cui la riforma Fornero avrebbe scisso in due sottoclassi il concetto prima unitario di proporzionalità. Sul piano logico, la verifica della pro-

nero dell'insussistenza, dove scompare come fatto legittimante il licenziamento e riappare, alchemicamente, in una diversa composizione chimica: come (non) fatto che giustifica anche il rimedio reintegratorio (debole); ciò vale, secondo la Suprema Corte, sia per il regime Fornero sia per le tutele crescenti¹⁰⁵.

Ora è evidente che tanto più la irrilevanza disciplinare del fatto diventa l'unico viatico (oltre i casi limite di licenziamento nullo perché discriminatorio) per consentire il ripristino del rapporto, tanto più tale spazio, oggettivamente limitato, è destinato a dilatarsi, soprattutto a opera di giudici di merito riluttanti a seppellire in modo indolore la regola di proporzionalità in astratto – specie nel regime delle tutele crescenti –, con il rischio di operazioni di vera e propria smarginatura dei confini di tale spazio della irrilevanza: se l'inadempimento non è notevole, il fatto non sussiste e quindi non c'è giustificato motivo¹⁰⁶.

Il ricorso a tale evidente forzatura è in qualche modo giustificato dall'abolizione della seconda ipotesi di reintegrazione debole operata dalle tutele crescenti, abolizione che ha infranto il ragionevole equilibrio raggiunto invece dalla legge Fornero, che consentiva la reintegrazione anche nelle ipotesi di violazione in concreto della regola della proporzionalità in ragione di una valutazione in tal senso da parte dell'autonomia collettiva (il fatto meritevole solo di sanzione conservativa).

Con il Jobs act si è, pertanto, realizzato uno scostamento di asse verso la

porzionalità in astratto precederebbe la verifica della proporzionalità in concreto con riguardo alla costellazione dei comportamenti concreti, delle attenuanti, delle circostanze di contesto e così via: tale mancanza di proporzionalità in concreto dà luogo comunque a un licenziamento illegittimo ma efficace. Secondo l'Autore una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 1, del *Jobs Act* non dovrebbe condurre a modificare questo schema di lettura, malgrado il tentativo del legislatore di ricondurre alla tutela indennitaria anche le ipotesi in cui il fatto materiale contestato si presenti in sé quale violazione della regola della proporzionalità in astratto.

¹⁰⁵ Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, con nota parzialmente critica di MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza*, cit., p. 952 ss., in ragione del fatto che, nella motivazione della sentenza, non risulterebbe chiaro se il fatto contestato (l'abbandono del posto per una pausa volontaria, motivato dalla durata eccessiva del turno di lavoro) fosse privo del requisito dell'inadempimento notevole e perciò privo di ogni rilevanza disciplinare, ovvero se avesse dato luogo ad un inadempimento pur sempre notevole ma non tale da giustificare il licenziamento per il gioco delle attenuanti (la durata del turno); in tal caso dovendosi applicare soltanto la sanzione indennitaria.

¹⁰⁶ Che è poi il senso ultimo della critica di Maresca alla sentenza prima citata, allorché richiama la Corte ad una maggiore attenzione alla reale dinamica del fatto.

non protezione riconducibile a tre potenziali *vulnera*¹⁰⁷: a) la scarsa dissuasività dell'indennizzo economico a cui si è posto riparo con il combinato disposto dell'intervento del legislatore stesso e della Consulta; b) La differenziazione delle tutele in ragione del fluire del tempo, questione riaffidata alla valutazione delle Corti supreme, qualora la materia non fosse loro sottratta da ulteriore intervento razionalizzatore del legislatore; e, infine, c) l'eliminazione del rimedio della reintegrazione in regime debole, nel caso in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi.

È lungo la direttiva della regolazione della proporzionalità in concreto in via convenzionale che un intervento del legislatore sul licenziamento per colpa può contribuire a riequilibrare l'asse della protezione nel licenziamento costituzionalmente sensibile e ri-operare un bilanciamento più corretto. La disciplina di quel che rimane del contratto a tutele crescenti, per questa parte, va abrogata non per ripristinare il vecchio articolo 18, ma per tornare al bilanciamento equilibrato, operato dalla legge Fornero¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Più in generale va detto che se indubbiamente, in vigenza dell'art. 18, nella versione statutaria originaria - anche per l'effetto di cumulo di fattori a esso esterni (una giurisprudenza eccessivamente paternalistica, l'inefficienza del processo del lavoro, l'univocità del rimedio reintegratorio)-, l'asse era troppo spostato a favore della tutela, non tanto del lavoro in astratto, ma di comportamenti di *moral hazard* dei lavoratori (lo scarso rendimento che si manifesta con comportamenti difficilmente sanzionabili e perseguibili: l'assenteismo tattico o l'abuso della legge 104), il bilanciamento operato con il *Jobs act* e le tutele crescenti è risultato sproporzionato con riguardo al licenziamento per inadempimento. Ciò è avvenuto non solo in ragione dei nuovi dispositivi tecnici in sé considerati, quanto perché, contemporaneamente alla loro entrata in vigore, si sono assestati alcuni effetti sistemici di cambiamento, innestati in precedenti stagioni regolative che hanno prodotto effetti di allentamento della tutela, in contemporanea alla stagione del *Jobs act*. E' sufficiente richiamare il maggior costo di accesso alla giustizia, lo spostamento sul lavoratore del rischio di durata del processo, la stretta sulla condanna alle spese - di fatto posta a carico della parte processuale debole - ma anche un ripensamento giurisprudenziale diffuso di maggiore attenzione alle esigenze dell'impresa e di maggior rigore nei confronti di comportamenti di *moral hazard* o moralmente ritenuti non commendevoli, anche di tipo *extra-lavorativo*, per esempio l'uso di sostanze stupefacenti in privato (ragioni quindi di cambiamento culturale nel senso di un maggior rigore: il lavoratore ricorrente non più considerato appartenente ad una classe svantaggiata e che merita, comunque, un *quid pluris* di tutela, ma rientrante in un mero aggregato di individui più liberi ma anche più responsabili e quindi più soli); l'uso a volte poco controllato del fattore fiducia soggettiva come impropriamente integrativo della fattispecie giustificativa del recesso maggiore (l'inadempimento gravissimo).

¹⁰⁸ Comprensivo anche del rito speciale, a tutela della durata del processo, il cui rischio grava ormai sul lavoratore, come ha evidenziato la Cassazione con la recentissima Cass. 13 settembre 2019, n. 22929.

Tale ritorno dovrebbe avvenire non solo in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, ma in nome di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva – soprattutto su materie costituzionalmente sensibili – come integrazione del precetto legale, rinverdendo la tradizione dello schema devolutivo e di integrazione virtuosa di fonti, tipico del diritto del lavoro nella tradizione italiana.

6.2. Il licenziamento per ragioni economiche: per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario

La medesima esigenza di cambiamento del Jobs Act, e di ritorno alla Fornero, non vale con riguardo al licenziamento economico, sia nella variante individuale sia collettiva.

In tal caso va ribadita, in via generale, l'opportunità del modello dualistico (reintegra attenuata e delimitata per i licenziamenti per colpa e indennizzo per il licenziamento economico) affermatosi definitivamente e opportunamente con il Jobs act in modifica della Fornero, sistema questo, come è noto, che prevedeva due incongruità rispetto al modello dualistico puro: la reintegra per manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo e la reintegra per il licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, oggetto quest'ultimo delle ordinanze di remissione prima esaminate.

Marcello Pedrazzoli, negli interventi più volte richiamati, con grande efficacia e con dispiegamento di tutta la potenza di fuoco dell'uso corretto del metodo comparato, ha dimostrato non solo l'opportunità assiologica¹⁰⁹,

¹⁰⁹ “Ne viene che quando la decisione determina pur lecitamente la perdita del posto di lavoro, l'imprenditore deve farsi carico, in una qualche misura, delle conseguenze sociali che colpiscono il lavoratore. In tal modo potrebbe realizzarsi la sintesi auspicata fra la dimensione di *welfare* e la risposta non sanzionatoria richiesta dal licenziamento (lecito) per ragioni obiettive. Invero, il diritto di iniziativa economica non può essere inteso come diritto inviolabile ma come diritto sociale fondamentale, il cui contenuto varia storicamente in ragione della costituzione economica materiale. Si apre allora la possibilità di sviluppare un apprezzamento di norme ad alta valenza ermeneutica (artt. 2, 4, 35, c. 1, 41, c. 2, Cost.): norme mai abbastanza scandagliate e comunque da interrogare alla luce delle precomprensioni imposte dai disastri sociali nell'epoca della finanziarizzazione e del liberismo oltranzisti. In conclusione, avendo la caratteristica di essere un rischio pregiudizievole *tout court*, al licenziamento per motivi economico-oggettivi il lavoratore è esposto anche in conseguenza del lecito esercizio del diritto di iniziativa economica. Essenzialmente questo lo rende un istituto distinto; e la distinzione è segnata questo sembra indicare il riscontro comparato dai beni costituzionali che vengono rispettivamente in gioco

ma anche la copertura in termini di bilanciamento di valori costituzionali in gioco del rimedio indennitario nel licenziamento economico¹¹⁰, oltre che l'efficacia pratica/welfarista di tale rimedio in tutte le ipotesi in cui il giudice ritiene illegittimo il licenziamento economico; l'autore si spinge sino al punto, se non si è inteso male, di giustificare anche, in qualche modo, una versione attenuata della teoria del *firing cost*. Tale teoria economica¹¹¹ non è proponibile per ragioni economiche e giuridiche: economicamente non conviene neppure all'impresa, che sarebbe costretta a sostenere un costo ulteriore anche nel caso di licenziamento legittimo; si porrebbe, sul versante del lavoratore potenziale ricorrente, in contrasto con l'art. 24 della Cost.

Vale per altro rilevare, in termini di *policy*, che la tutela indennitaria attualmente apprestata dall'ordinamento in tutte le ipotesi di licenziamento economico illegittimo¹¹² (sino a un massimo di 36 mensilità nel sistema del *Jobs act*, 24 nel sistema della Fornero, *a latere* le incertezze della “manifesta” insussistenza in quest'ultimo caso) pare rimedio adeguatamente protettivo. Si deve però osservare che il doppio regime indennitario nel licenziamento economico che si è venuto di fatto a creare dopo il decreto dignità (da 12 a 24 e da 6 a 36 mensilità), sia suscettibile di necessaria razionalizzazione normativa: o si opta per un regime indennitario o si opta per un altro, non ha proprio senso mantenerli entrambi (e questo vale anche per le ipotesi in cui si accerti la sussistenza del fatto contestato con violazione della regola della

nei due casi, e dalle gerarchie ed equiordinazioni che si verificano quando si procede al loro bilanciamento”, così PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 50.

¹¹⁰ “Nei licenziamenti [...] dovuti invece a ragioni di tipo obiettivo-economico (ovviamente quelli che siano tali, e non quelli che si rivelino nascondere il motivo soggettivo), siamo di fronte a beni di rango costituzionale fra loro in rapporto di regola/eccezione, ovvero di diritto e suo limite. In tal caso vengono in gioco interessi e valori che possono confliggere (*in primis*, quelli collegati al “diritto al lavoro” e al diritto di “iniziativa economica privata” i quali, osservando gerarchie e/o stabilendo equivalenze, ammettono il loro bilanciamento. A me pare – continua l'Autore – che, nel caso di licenziamento per motivi di tipo oggettivo-economico, gli interessi tutelati negli artt. 4 e 41, cc. 1 e 2, Cost. si bilancino in guise per cui, all'esercizio pur legittimo della libertà accede l'obbligo di proporre al lavoratore che perde il posto un ristoro o indennizzo”: PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 39.

¹¹¹ Si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

¹¹² Dalla violazione degli obblighi di *repêchage*, sino alla violazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo e, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, anche nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, nonché degli obblighi procedurali previsti dalla legge 223/91, in particolare gli artt. 4 comma 12 e 5 comma 1, richiamati dall'art. 10 del d.lgs. 23/2015.

proporzionalità in concreto anche nel regime disciplinare. La scelta tra i due regimi indennitari ovviamente attiene al tasso di dissuasività che si intende incorporare nella sanzione, affidata comunque al giudice nella determinazione in concreto (e si è visto che i giudici sembrano fare un uso parco del massimo)¹¹³.

Quel che vale la pena semmai ripristinare, come già nel regime Fornero, è il sistema della conciliazione obbligatoria a monte della irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, secondo molti osservatori, aveva dato buona prova di sé in funzione deflattiva.

6.3. *Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale*

La *querelle* sulla scarsa efficacia rimediale legata a taluni vizi procedurali (particolarmente grave la violazione del principio di immediatezza) è stata sdrammatizzata dall'intervento di mediazione ortopedica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹⁴. Sembra, infatti, non contestabile, in linea di principio e di bilanciamento necessario, l'opportunità di rimedi meno pesanti, e di natura in ogni caso indennitaria, per vizi procedurali realmente tali (l'errore formale datoriale, "in purezza").

L'ipotesi più grave di violazione di principi procedurali con ricadute su diritti fondamentali di certezza, affidamento, tutela dall'abuso, difesa, tutti sussunti nei corollari di immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione nel licenziamento disciplinare, è stata infatti ricondotta dalla SS.UU. della Cassazione – non certo con ragionamento logico lineare – nell'area del rimedio per ingiustificatezza¹¹⁵. Ne deriva l'applicazione della tutela indennitaria forte nel regime della Fornero, addirittura molto forte nel regime del Jobs Act, in ragione della modifica del decreto dignità e dell'abrogazione del sistema di determinazione automatica delle mensilità. Si tratta di una tutela di maggior favore ovviamente non invocabile da coloro cui si applica

¹¹³ In effetti il doppio sistema è persino ambiguo nella portata dissuasiva: è più dissuasiva una sanzione più alta nel minimo o più alta nel massimo? Il legislatore dovrebbe decidersi.

¹¹⁴ La più volte citata sentenza delle Sezioni unite: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

¹¹⁵ E non della insussistenza del fatto, secondo una ipotesi che pareva più coerente e formulata da un'altra sezione della Cassazione (Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513; sul punto si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.).

formalmente il regime Fornero: il che segnala una ulteriore esigenza di razionalizzazione normativa¹¹⁶, che non può non provenire dal legislatore, in ragione degli effetti di sbilanciamento alla rovescia delle tutele usufruibili sotto il regime Fornero, oggi per certi versi minori rispetto a quelle del regime del Jobs act dopo il duplice trattamento della Corte e del legislatore.

Sempre con riguardo al regime rimediabile per vizi formali e procedurali è probabile che diventi necessario, dopo l'intervento della Consulta, una rivisitazione della tutela indennitaria, sull'art. 4 del Jobs act (inevitabile per l'aspetto del regime automaticamente crescente, qualora non lo si ritenesse implicitamente abolito dalla pronuncia 194/2018). Il tema è già portato davanti alla Consulta dal Tribunale di Bari¹¹⁷.

Potrebbe essere anche oggetto di riflessione se il limite delle 12 mensilità, che era in qualche modo tarato sul tetto delle 24 mensilità del risarcimento forte, sia in regime Fornero sia nel regime di Jobs act, sia ora proporzionalmente adeguato al nuovo massimo di 36 mensilità per i vizi sostanziali: a parere di chi scrive, e contrariamente da quel sembra pensare il Tribunale che ha rimesso la questione alla Consulta, non c'è alcun motivo per gravare oltre il limite quantitativo delle 12 mensilità l'errore procedurale puro del datore di lavoro, specie di fronte a un licenziamento sostanzialmente legittimo, fermo restando che anche il tal caso la determinazione quantitativa della "gravità" dell'errore debba essere rimessa, per coerenza sistematica e volontà della Consulta, alla discrezionalità del giudice.

Altri profili non certo cruciali rispetto alla fondamentale alternativa tra modello rimediabile monistico e dualistico, ma comunque di rilievo, potrebbero essere oggetto di manutenzione e razionalizzazione legislativa e non certo di competenza delle Corti supreme.

Basti, a tale proposito, una mera elencazione, *random* e asistematica, di teste di capitolo: il regime di tutela obbligatoria nelle piccole imprese, in effetti eccessivamente tarato al ribasso nel sistema del Jobs act; il chiarimento del regime rimediabile (indennitario o reintegratorio) nelle ipotesi di nullità virtuali; il regime di calcolo delle indennità, con riguardo alla retribuzione ultima di riferimento (riferita al TFR o all'ultima globale di fatto) e ai relativi contributi; tema, come si è visto, a cuore alla Corte di appello di Napoli, che

¹¹⁶ Come quella segnalata a proposito della tutela nei confronti del licenziamento economico.

¹¹⁷ V. *supra*, nota 35.

vi ha speso molti argomenti – alcuni convincenti – nell’ordinanza di remissione. Il tema – che entra solo indirettamente nel regime rimediale specifico del licenziamento, ma di portata generale – del costo del ricorso alla giustizia, oggi effettivamente sbilanciato a carico dei ricorrenti dopo le ultime riforme, ma anche il costo della condanna¹¹⁸. L’opportunità di ripensare, anche dopo il Jobs act, a un modello processuale accelerato per le cause di licenziamento (ma eliminando le incongruenze del rito Fornero: la indiscutibile inutilità della fase di opposizione). L’opportunità di riequilibrio dell’allocazione del rischio della durata del processo prima troppo sbilanciato a carico del datore di lavoro nel sistema dell’art. 18 olistico, oggi forse eccessivamente sbilanciato a carico del lavoratore¹¹⁹.

C’è molto da fare, allora, per una operazione di *maquillage* e razionalizzazione complessiva del sistema rimediale in Italia dopo le diverse ondate regolative che si sono susseguite a partire dal 2012: il risultato attuale, al di là delle migliori intenzioni dei regolatori che si sono succeduti, è un sistema frammentato, incerto e asimmetrico, per alcuni aspetti anche ingiusto. Si tratta di mutamenti che richiedono l’utilizzo di attrezzature e *tools* regolativi anche sofisticati: non si può pertanto affidare alle Corti costituzionali supreme, sebbene dotate anche di importanti poteri di indirizzo, ma attrezzate soltanto con strumenti, sostanzialmente, di decisione binaria (sì/no), una operazione politica talmente complessa e delicata.

¹¹⁸ Quanto è equilibrato un sistema processuale che sacrifica all’esigenza di deflazione del contenzioso anche una sola domanda, specie se fondata, di tutela differenziata in ragione del costo della giustizia e dell’impossibilità di accesso? Quanto è in linea con il principio della parità delle armi e del processo equo la rinuncia ad una impugnazione, in regime di tutela differenziata, solo per il costo dell’impugnazione o per il rischio di condanna pesante alle spese del giudizio di impugnazione, sempre per l’obiettivo di deflazione?

¹¹⁹ Una causa di reintegrazione, soprattutto al Sud, dura normalmente ben oltre i canonici 12 mesi di risarcimento che si aggiungono alla reintegra, con rischio di copertura non integrale del danno, onde l’esigenza di agire sui meccanismi di accelerazione del processo a garanzia effettiva del lavoratore licenziato.

Abstract

Il saggio prende le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sulle c.d. tutele crescenti, al fine di analizzare le recenti ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia e alla Corte costituzionale dei Tribunali di Milano e di Napoli aventi ad oggetto la legittimità del diverso regime rimediale e processuale, previsto in caso di illegittimità del licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, e applicabile ai lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione.

La previsione dell'Autore sull'esito della nuova questione di legittimità costituzionale e delle due questioni di pregiudizialità europea è che non sortiranno gli effetti dirompenti sperati dai giudici remittenti. Da una parte, poiché è chiaro l'orientamento della Corte costituzionale sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale; e, dall'altra, poiché la Corte di giustizia è troppo restia a pronunciarsi su questioni che hanno forti ricadute sul diritto domestico, come quella sul regime rimediale.

La materia, però, eccessivamente rimaneggiata e frammentata, richiede un chiaro intervento legislativo di razionalizzazione che, secondo l'Autore, dovrebbe tenere conto che alle diversità delle fattispecie giustificative del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi.

A tal proposito, l'Autore analizza, nei due paragrafi finali, il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore e il licenziamento per ragioni economiche, auspicando, nel primo caso, il ripristino delle due ipotesi rimediali contemplate da quest'ultima, in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, e, soprattutto, di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva come integrazione del precetto legale; e suggerendo, nel secondo, che l'intervento del legislatore vada nel senso di prevedere un unico rimedio unitario, di tipo meramente indennitario.

The essay starts from the judgment of the Italian Constitutional Court no. 194/2018 on the Italian Jobs act and unfair dismissal remedies, with the aim to analyze the recent referring orders of the Tribunals of Milan and Naples to the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court dealing, specifically, with the legitimacy of the different remedies in case of collective dismissal for violation of the selection criteria depending on the hiring date of the employees.

The forecast of the Author about the outcomes of these judgments is that there will not be the disruptive effects hoped by the Italian remitting judges. From one side, because of the clear Constitutional court's position on the absence of a constitutional fundamental right to reintegration; and, from the other, because the Court of justice is usually unwilling to decide on issues that might have so many effects on domestic legal systems.

However, the matter, excessively emended and fragmented, needs a legislative intervention that, for the Author, should consider different remedies for different cases of dismissal.

About that, the Author analyses, in the two final sections, the dismissal for sub-

jective reasons and the dismissal for economic reasons, hoping, for the first case, the revival of the two hypothesis of remedies, to guarantee the balance between employer powers and employee' rights but, above all, the central role of collective bargaining autonomy; and suggesting, in the second case, to provide a single remedy, merely economic.

Key words

Contratto a tutele crescenti, licenziamento individuale, licenziamento collettivo, rimedi, dialogo tra le Corti.

Permanent employment contract with increasing protection, individual dismissal, collective dismissal, remedies, dialogue between Courts.

Alessandro Andronio

Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Sommario: **1.** La tutela penale contro le distorsioni del mercato del lavoro prima dell'introduzione del reato di "caporalato". **2.** Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (d.l. 13 agosto 2011 n. 138). **2.1.** La mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato. **2.2.** Le caratteristiche della condotta. **2.3.** Altri profili problematici. **3.** L'incidenza del *Jobs Act* e del d.lgs. n. 8/2016 sulla disciplina sanzionatoria, riforme in controtendenza. **4.** La riforma in senso ampliativo operata con la legge n. 199 del 2016. **5.** Il "caporalato" nella giurisprudenza. **5.1.** Cenni sulle pronunce dei giudici europei. **5.2.** La giurisprudenza nazionale fino al 2017. **5.3.** La giurisprudenza nazionale degli ultimi due anni. **6.** Brevi considerazioni conclusive.

1. La tutela penale contro le distorsioni del mercato del lavoro prima dell'introduzione del reato di "caporalato"

Il principio costituzionale della tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.), che si colloca nell'ambito dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) pone un limite strutturale all'esercizio dell'attività d'impresa, sia nella fase genetica della costituzione del rapporto di lavoro, sia nella fase dello svolgimento di detto rapporto, sia nella fase della sua cessazione. Nel bilanciamento fra i diversi valori costituzionali, il diritto di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost., deve essere, dunque, letto necessariamente alla luce delle esigenze di tutela della sicurezza, della libertà e dignità del lavoratore. In tale quadro, il regime sanzionatorio penale fornisce una serie di specifiche risposte dinanzi a situazioni di rischio, rafforzando non solo i precetti relativi allo svolgimento del rapporto di lavoro (sicurezza sul lavoro), ma anche quelli relativi alla fase della sua costituzione, ovvero alla

disciplina del mercato del lavoro, con particolare riferimento alla mediazione fra domanda e offerta¹. In tale ambito, la minore forza contrattuale del lavoratore lo costringe spesso a subire le scelte del datore di lavoro o, peggio, di soggetti che si inseriscano tra la domanda e l'offerta allo scopo di lucrare vantaggi illeciti. Si pone, così, il problema del "caporalato", ovvero di una serie eterogenea di sistemi informali di organizzazione del lavoro temporaneo, utilizzati tradizionalmente, ma non solo, nel lavoro agricolo svolto da braccianti, inseriti in squadre di dimensione più o meno grande². Il sistema si basa, essenzialmente, sull'iniziativa di un soggetto ("caporale") che si interpone illegalmente fra lavoratore e datore di lavoro allo scopo di reperire manodopera a basso costo nell'ambito di categorie socialmente deboli, e perciò disposte a fornire prestazioni lavorative a bassa competenza in condizioni di sfruttamento e in assenza di garanzie. Il caporale ingaggia per conto del proprietario i braccianti e fissa il loro compenso, dal quale trattiene per se quote corrispostegli sia dal proprietario sia dai lavoratori reclutati; cosicché i salari corrisposti ai lavoratori risultano notevolmente inferiori rispetto ai minimi sindacali applicabili, in un contesto di generale illegalità in cui vengono meno le garanzie e i controlli sulla qualità e la sicurezza della prestazione lavorativa, nonché il versamento dei tributi e dei contributi previdenziali.

Sebbene il legislatore abbia negli anni adottato normative dirette a vietare ogni forma di intermediazione nella somministrazione di manodopera, affermando il principio del monopolio pubblico del collocamento dei lavoratori³, allo scopo di evitare fenomeni di patologica diminuzione delle retribuzioni, è però mancata una normativa che sanzionasse specificamente il fenomeno del caporalato. Tale mancanza si è resa più significativa a seguito del progressivo superamento del principio del monopolio pubblico del collocamento⁴: prima ad opera della Corte di Giustizia CE (sentenza 11 dicem-

¹ Cfr. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *DDPen.*, IV, Utet, 1993, p. 64 ss.

² Cfr. MUSACCHIO, *Caporalato e tutela penale dei lavoratori stranieri: problemi e proposte di riforma*, in *LPO*, 2009, pp. 135-142; VIVARELLI, *Il caporalato: problemi e prospettive*, in *FA TAR*, 2008, p. 2917.

³ Su cui si vedano, l'art. 27 della legge 29 aprile 1949 n. 264 e gli artt. 1 e 2 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, con cui si sanciva il divieto dell'imprenditore di affidare in appalto, in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, mediante l'impiego di manodopera assunta o retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera da realizzare o del servizio da espletare.

⁴ Per una sintesi delle varie fasi di tale superamento, v.: TORDINI CAGLI, *Profili penali del*

bre 1997, in causa n. 55 del 1996), la quale ha affermato l'incompatibilità delle norme interne che sancivano il divieto di intermediazione di manodopera con le regole della concorrenza del mercato comune (artt. 82 e 86 del Trattato CE); poi, a seguito dell'introduzione del lavoro interinale da parte della legge 24 giugno 1997 n. 196 (c.d. "pacchetto Treu"); infine, con il decreto legislativo n. 276 del 2003 (c.d. "decreto Biagi"), che ha introdotto l'istituto della somministrazione di lavoro, realizzando una maggiore flessibilità del mercato del lavoro e una semplificazione degli strumenti contrattuali. Tale ultimo provvedimento ha avuto rilevanti riflessi anche sul piano penalistico, perché, all'art. 18, prevedeva diverse fattispecie di reato: esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione (comma 1), esercizio non autorizzato dell'attività di ricerca e selezione del personale (comma 1, quinto periodo), somministrazione non autorizzata e utilizzazione illecita (comma 2), appalto e distacco illecito (comma 5-*bis*)⁵. Si è trattato, però, di interventi tesi a garantire il rispetto delle regole sulla somministrazione e la regolarità formale dei rapporti, anticipando la tutela al momento della loro costituzione, più che ad evitare il fenomeno dello sfruttamento dei lavoratori⁶.

collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all' "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro", in *IPen*, 2017, p. 727 ss.; SANTISE, ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, 2017, pp. 977-986; D'ONGHIA, DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 352/2018, p. 10.

⁵ Si tratta di ipotesi oggi parzialmente riviste dal d.lgs. 15 giugno 2016 n. 81, il quale ha abrogato la fattispecie di somministrazione fraudolenta lasciando in vigore le fattispecie di somministrazione abusiva e utilizzazione illecita.

⁶ La giurisprudenza di legittimità ha ricostruito la successione tra le disposizioni nel senso che la fattispecie di illecita mediazione nella fornitura di manodopera punita dall'art. 27 della legge n. 264 del 1949 e quella di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 (la quale puniva sia il committente che l'appaltatore che ricorressero a qualsiasi esecuzione di prestazioni lavorative mediante impiego di manodopera assunta dall'appaltatore, ma di fatto operante alle dipendenze del committente) sono abrogate solo parzialmente dalla fattispecie di esercizio abusivo della intermediazione *ex art.* 18, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 (che punisce chiunque eserciti attività non autorizzate di somministrazione di lavoro e l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di lavoro fornita da soggetti non autorizzati o comunque al di fuori dei casi previsti dalla legge), in quanto l'area dell'intermediazione abusiva era molto più ampia quando la legittima intermediazione era monopolio degli uffici ministeriali di collocamento, mentre è divenuta più ristretta a seguito dell'attribuzione dell'intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro a soggetti privati debitamente autorizzati. Ne consegue che la condotta di intermediazione posta in essere da soggetti privati non formalmente autorizzati, e di somministrazione di lavoro da parte di soggetti non abilitati o al di fuori dei casi consentiti, è ancora punibile e ad essa va applicata la legge in concreto più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod.

In mancanza di una disposizione che incriminasse il caporalato in quanto tale, le forme più gravi di sfruttamento e violenza nei confronti dei lavoratori potevano essere ricondotte, qualora ne ricorressero i presupposti, alle fattispecie di riduzione in schiavitù, violenza privata, lesioni personali, estorsione⁷ o maltrattamenti in famiglia⁸, ma tutta la restante casistica di sfruttamento dell'altrui attività lavorativa rimaneva priva di adeguata tutela. In particolare, allo scopo di attribuire rilevanza penale alla condotta del caporale, non solo in quanto lesiva di disposizioni formali poste a tutela del mercato lavoro, ma in relazione alla sua incidenza sulla dignità e libertà del lavoratore, la giurisprudenza aveva ricondotto alcune fattispecie al reato di riduzione e mantenimento in schiavitù (art. 600 cod. pen.), nel caso in cui l'intimidazione, la violenza, la minaccia fossero tali da cagionare una reificazione della vittima. Del resto, in relazione al reato di cui all'art. 600 cod. pen., le sezioni unite penali della Corte di cassazione, con la sentenza 20 novembre 1996 n. 261/1997⁹ avevano affermato che il concetto di schiavitù non indica una situazione disciplinata in tassative previsioni legislative, ma la condizione di

pen. (Cass. Pen., sez. 3, 11 novembre 2003 n. 2583; sez. 3, 16 giugno 2004 n. 34922; sez. 4, 30 novembre 2005 n. 4454; v. anche sez. 3, 18 aprile 2007 n. 21789). In dottrina, sul punto: PERINI, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della S.C.*, in *LG*, 2005, p. 958; ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL*, 2005, II, p. 726; BUONADONNA, TRAMONTANO, *Il reato di somministrazione abusiva di manodopera*, in *FI*, 2006, p. 3405; MORGANTE, *“Quel che resta” del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro dopo la “riforma Biagi”*, in *DPP*, 2006, p. 733.

⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. 6, 1° luglio 2010 n. 32525 (in *FI*, 2011, II, c.100), secondo cui “la condotta del datore di lavoro, il quale – profittando delle difficoltà economiche e della situazione precaria del mercato del lavoro – imponga ai propri dipendenti condizioni di lavoro deteriori, configura il reato di estorsione”. Nella specie, dall'attività d'indagine era emersa, oltre alla prassi di corrispondere retribuzioni decurtate per compensare l'attività di caporalato, una continua pressione sui lavoratori al fine di indurli a interrompere legittimi congedi per malattie o infortuni, o a sottoscrivere lettere di dimissioni in bianco.

⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. 6, 11 aprile 2014 n. 24057, riferita ad una fattispecie in cui il titolare di un'azienda agricola faceva vivere i dipendenti con lui presso l'azienda, secondo la quale il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 cod. pen. può trovare applicazione nei rapporti di tipo lavorativo a condizione che sussista il presupposto della parafamiliarità, intesa come sottoposizione di una persona all'autorità di altra in un contesto di prossimità permanente, di abitudini di vita proprie e comuni alle comunità familiari, nonché di affidamento, fiducia e soggezione del sottoposto rispetto all'azione di chi ha la posizione di supremazia.

⁹ Evidentemente, sul testo precedente alle modifiche operate dalla legge 11 agosto 2003 n. 228 e dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE. Ci si riferirà, nel prosieguo della trattazione, al testo della disposizione attualmente vigente.

un individuo sul quale si esercitano in via di fatto poteri simili a quelli del diritto di proprietà; situazione che la mutevole realtà può presentare con connotati di volta in volta diversi, ma fondamentalmente identici, nell'ambito di rapporti interpersonali, nei quali un individuo ha un potere pieno e incontrollato su un altro assoggettato al suo dominio. In tale ottica la nozione di riduzione in schiavitù non è connotata dal concetto di proprietà, ma dalla finalità di sfruttamento di una posizione sostanziale di dominio, per il perseguimento di prestazioni lavorative forzate e inumane. E gli indici che rilevano ai fini della riduzione o mantenimento dello stato di soggezione sono la violenza, la minaccia, l'inganno, l'abuso di autorità o l'approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica, diretti a costringere la vittima ad eseguire prestazioni lavorative, sessuali o altre tipologie di prestazioni che comunque comportino lo sfruttamento della persona. Per rientrare in tale fattispecie, dunque, la condotta del caporale dovrebbe essere finalizzata, mediante la privazione della libertà¹⁰, a costringere la vittima a porre in essere prestazioni lavorative che ledano la sua dignità umana e che siano esse stesse espressione del comportamento di sopraffazione e approfittamento dell'intermediario; in un tale contesto non potrebbe essere attribuita alcuna rilevanza scriminante all'eventuale consenso prestato dal lavoratore¹¹. Si tratta, evidentemente, dell'adattamento all'esigenza sociale di tutelare i lavoratori contro il fenomeno del caporalato di una disposizione che mal si presta a coprire tale comportamento, perché, ad esempio, la condizione di schiavitù non può essere ravvisata nell'offerta di lavoro implicante gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate e con compenso inadeguato, qualora il lavoratore si sia determinato ad accettarle e abbia conservato la libertà di sottrarsi in un momento successivo. E normalmente il caporalato consiste

¹⁰ Secondo quanto affermato da Cass. Pen., sez. 5, 24 settembre 2013 n. 44385, ai fini della configurabilità dello stato di soggezione, rilevante per l'integrazione del reato di riduzione in schiavitù, è necessaria una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa, anche indipendentemente da una totale privazione della libertà personale. In applicazione di tale principio, si è censurata la decisione del giudice di appello – che aveva affermato la responsabilità, in ordine al reato di cui all'art. 600 cod. pen., dell'imputato, esercente attività circense, accusato di far vivere un'intera famiglia al seguito della carovana del circo, in precarie condizioni igieniche, obbligandola a svolgere spettacoli raccapriccianti e lavori defaticanti senza il rispetto degli ordinari tempi lavorativi – ritenendo che detti elementi, pur sintomatici del reato in questione, sono insufficienti alla sua integrazione se ad essi non faccia riscontro un'apprezzabile limitazione della capacità di autodeterminazione della vittima.

¹¹ Cass. pen., sez. 5, 13 maggio 2008 n. 24178; Cass. pen., sez. 5, 10 febbraio 2011 n. 13532.

proprio in ciò e non in un assoggettamento definitivo del lavoratore che incida sulla libertà di quest'ultimo in modo da farla venire meno. Analoghe considerazioni valgono in relazione ai reati di tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi (artt. 601 e 602 cod. pen.) – diretti a contrastare le nuove forme di schiavitù, che assumono una dimensione transnazionale attraverso l'operato di organizzazioni criminali nelle quali spesso il caporale risulta inserito¹² – nonché per la previsione del sesto comma dell'art. 416 cod. pen., che punisce l'associazione a delinquere finalizzata al compimento, tra gli altri, di delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi¹³. Valgono, peraltro, anche per tale ultima fattispecie, le considerazioni già svolte circa la difficoltà di ricondurre i fenomeni di caporalato, che si collocano – come visto – in un'area intermedia tra le violazioni formali delle normative in materia di intermediazione e le gravi fattispecie legate alla schiavitù.

Un'ulteriore ipotesi di reato che interferisce con il fenomeno del caporalato era (ed è) quella dell'art. 12, comma 3-ter, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che stabilisce la pena detentiva, congiunta a quella pecuniaria, nei confronti di chi favorisca l'ingresso nel territorio dello Stato di stranieri clandestini al fine di reclutare persone “da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo” o l'ingresso di minori da impiegare in “attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento” (lettera a) o al fine di trarne profitto, anche indiretto (lettera b)¹⁴.

¹² Tale analogia è ben evidenziata da Cass. pen., sez. 5, 24 settembre 2010 n. 40045, secondo cui, ai fini della configurabilità del delitto di tratta di persone (art. 601 cod. pen.), non è richiesto che il soggetto passivo si trovi già in schiavitù o condizione analoga, con la conseguenza che il delitto in questione si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù; il reato di tratta può essere, infatti, commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia. In particolare la Corte di Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità, in ordine al delitto di cui all'art. 601 cod. pen., nei confronti degli imputati, i quali avevano pubblicato annunci ingannevoli di lavoro ben remunerato in Italia assicurando trasferimento dall'estero, alloggio e vitto nel luogo di destinazione, dove singole cellule smistavano i lavoratori nei campi e li riducevano in schiavitù.

¹³ Il testo attualmente vigente, a seguito della modifica introdotta dall'art. 2, comma 1, della legge 11 dicembre 2016 n. 236, si riferisce a “taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601-bis e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91”.

¹⁴ Cfr. BISSACCO, *Art. 12 D.Lgs. 25.7.1998, n. 286*, in GAITO, RONCO (a cura di), *Leggi penali*

Vi era, dunque, la necessita di un intervento legislativo che arrivasse a contrastare direttamente il fenomeno del caporalato, da considerare come un “processo pericolosissimo, che rischia di cambiare i connotati del mercato del lavoro e rischia di segnare irrimediabilmente quella parte del nostro sistema produttivo, alle prese con due nemici: la drammatica crisi economica e la concorrenza sleale dell’impresa irregolare ed illegale”¹⁵. Del resto, il fenomeno è andato aggravandosi con l’aumento di flussi migratori, che favoriscono la disponibilità di manodopera a basso costo, e con lo sfruttamento di tali flussi da parte della criminalità organizzata, che ha portato all’emersione di forme di schiavitù¹⁶: il caporalato è divenuto in alcuni settori un vero e proprio sistema di produzione, alla cui repressione deve provvedere il diritto penale, con tutti i limiti che ciò comporta, vista la sostanziale insufficienza delle politiche pubbliche in campo economico e sociale¹⁷.

2. *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (d.l. 13 agosto 2011 n. 138)*

L’introduzione dell’art. 603-*bis* cod. pen. ad opera dell’art. 12 del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011 n. 148, ha colmato le lacune di tutela contro quelle forme di distorsione del mercato del lavoro che si ponevano su un piano intermedio tra le lievi contravvenzioni per la violazione delle regole imposte dalla c.d. legge Biagi¹⁸ e i gravi delitti puniti dagli artt. 600 e ss. cod.

complementari commentate, Utet, 2009, p. 1589; SCARCELLA, *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del “caporalato”: ultimo atto?*, in *DPP*, 2017, pp. 856 e 857.

¹⁵ Così la relazione al disegno di L. n. S-2584 (“Misure volte alla penalizzazione del fenomeno d’intermediazione illecita di manodopera basato sullo sfruttamento dell’attività lavorativa”). Cfr. SCARCELLA, *Il reato di “caporalato” entra nel codice penale*, in *DPP*, 2011, p. 1188; BRICCHETTI, PISTORELLI, *“Caporalato”: per il nuovo reato pene fino a otto anni*, in *GD*, 2011, p. 35 ss.

¹⁶ Cfr. ROSI, *La moderna schiavitù e la tratta di persone: analisi della riforma*, in *DE&G*, 2004, n. 3.

¹⁷ V. DI MARTINO, *“Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *DPCont.*, 2015, p. 122.

¹⁸ Come visto, l’art. 18 della legge Biagi sanziona la mera violazione delle condizioni di liceità della somministrazione e dell’interposizione di manodopera, mentre l’art. 603 *bis* cod. pen., per la descrizione delle condotte e dei modi di realizzazione dello sfruttamento, per le se-

pen.¹⁹. Non a caso la disposizione è stata inserita nella sezione I del capo III del titolo XII della parte speciale del codice, dedicata ai delitti contro la personalità individuale, collocandosi immediatamente dopo i delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone. Oggetto della tutela è, infatti, lo *status* di uomo libero: ciò che viene protetto non è una forma particolare di manifestazione della libertà del singolo, ma il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale *status* la cui negazione incide sullo svolgimento della personalità dell'individuo²⁰. E vi è una clausola di sussidiarietà in forza della quale la fattispecie dell'articolo 603-*bis* cod. pen. si applica solo ove non sussista un reato più grave, evidentemente concepita per regolare l'interferenza con le fattispecie limitrofe di riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi, che pone problemi di interpretazione in relazione al rapporto tra la fattispecie e il reato di estorsione. Infatti, secondo alcune pronunce di legittimità, deve essere ricondotta al delitto di estorsione la condotta di colui che, approfittando delle difficoltà economiche e della situazione precaria del mercato del lavoro, costringa i lavoratori, mediante

vere cornici edittali di pena previste, per la collocazione tra i delitti contro la personalità individuale, rivela con chiarezza l'intenzione del legislatore di operare una prevenzione/repressione di fatti caratterizzati da un disvalore che eccede in maniera netta la semplice violazione delle condizioni di liceità dell'interposizione e della somministrazione della mano d'opera; comportamento il cui controllo in ambito penalistico rimane affidato alle previsioni del richiamato art. 18 (in tal senso, Cass. pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, e sez. 5, 18 dicembre 2015, dep. 21 aprile 2016, n. 16737, in *DPL*, 16, p. 1241).

¹⁹ Non vi è dubbio che la clausola di sussidiarietà con cui si apre la disposizione ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") abbia come funzione quella di continuare a garantire un autonomo ambito di applicazione per le più gravi fattispecie di cui agli artt. 600 e ss. cod. pen. E il discrimine tra i due ambiti può essere individuato – come visto – nell'assoluta indisponibilità di un'alternativa esistenziale valida per la vittima, la cui libertà di determinare il proprio destino sia totalmente annientata. Non rientra, invece nelle più gravi ipotesi delittuose degli artt. 600 e ss. cod. pen., non costituendo una compromissione significativa della capacità di autodeterminazione della vittima, (come sottolineato anche dalla Suprema Corte prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 603-*bis* cod. pen.; cfr., sul punto, Cass. Pen., sez. 5, 10 febbraio 2011 n. 13532) la condotta consistente nell'offerta di lavoro con gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate verso un compenso inadeguato, se la persona si determini liberamente ad accettarla e possa sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue. Sul punto, cfr. BRICCHETTI, PISTORELLI, *op. cit.*, p. 48; GALLUCCIO, *Commento all'art. 603 bis c.p.*, in Dolcini, Gatta (a cura di) *Codice Penale Commentato*, Tomo III, Ipsa, 2015, p. 295.

²⁰ Cfr. FIORE, (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 871 ss. (in partic. p. 873).

minaccia, che può consistere nel paventare la non assunzione, il licenziamento o la mancata corresponsione della retribuzione, ad accettare condizioni di lavoro gravemente contrarie alla normativa giuslavoristica²¹.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 603-*bis* puniva chiunque svolgeva un'attività organizzata di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro, che, alternativamente, fosse volta: a) al reclutamento di manodopera; b) all'organizzazione di un'attività lavorativa caratterizzata dallo sfruttamento dei lavoratori che vi partecipano. Ulteriore presupposto era che tali condotte alternative fossero compiute con particolari modalità, ovvero "mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori". Il secondo comma individuava, poi, una serie di circostanze considerate quali indici di sfruttamento, prevedendo che, "ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti". La disciplina era completata dalla previsione di apposite pene accessorie (art. 600-*ter*) e dall'estensione dell'applicabilità dell'attenuante della collaborazione prevista dall'art. 600-*septies*.1.

Si tratta di una formulazione che non dava conto della complessità del fenomeno oggetto della disciplina penale ed è stata fortemente criticata dalla dottrina, la quale ne ha evidenziato la difficile applicabilità in concreto²², enucleando una serie di profili problematici sul piano interpretativo.

²¹ V. Cass., sez. 2, 14 aprile 2016 n. 18727; v. anche sez. 6, 1° luglio 2010, n. 32525. Esprime in generale preoccupazione DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, pp. 221-237, spec. 233, la quale – richiamando, tra le altre, le critiche espresse da Padovani (*Necessario un nuovo intervento per superare i difetti*, in *QD*, 21 novembre 2016) – paventa uno scivolamento verso il basso dell'area penalmente di rilevante ai sensi dell'articolo 603-*bis*, fino a ricomprendervi violazioni meramente formali della normativa a tutela dei lavoratori.

²² Per rilievi critici sulla fattispecie, come introdotta nel 2011, cfr., tra gli altri: DI MAR-

2.1. La mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato

La più eclatante delle incongruenze che balzano all'occhio dal testo della disposizione è la mancata previsione, tra i soggetti attivi del reato, della figura del datore di lavoro, ignorata dal legislatore, nonostante si tratti, con tutta evidenza, di un soggetto che, lungi dall'essere estraneo, è proprio colui che tiene alle sue dipendenze la manodopera reclutata giornalmente dal caporale, oltre ad essere normalmente colui che di fatto stabilisce l'ammontare del salario, gli orari di lavoro e gli *standard* di salute e sicurezza con cui i lavoratori prestano la loro attività²³. Il datore di lavoro avrebbe dovuto, in altri termini, essere il fulcro del meccanismo di tutela, poiché l'attività del caporale si svolge, in un buon numero di casi, nell'ambito di una stretta collaborazione con l'impresa. Non si è tenuto conto, insomma, della natura normalmente plurisoggettiva dell'attività di caporalato, che coinvolge: come vittima il lavoratore, che, trovandosi in una condizione di irregolarità sul territorio nazionale o in condizioni economiche molto precarie, è disposto ad accettare una situazione di sfruttamento; come intermediario, il caporale, che persegue l'obiettivo di garantire manodopera a basso costo; come beneficiario finale l'imprenditore-datore di lavoro, che riveste un ruolo fondamentale, perché crea l'offerta di lavoro, prendendo alle proprie dipendenze, evidentemente attratto dai bassi costi, la manodopera reclutata dal caporale. A prescindere dalla questione se si trattasse di un reato comune o di un reato proprio²⁴, la

TINO, *op. cit.*, p. 106; GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, 2015; LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., p. 951; RONCO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *LG*, 2016, 7, p. 665; SCEVI, *Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *RP*, 2012, 11, p. 1059; BACCHINI, *Il nuovo reato di cui all'art. 603-bis c.p.: intermediazione illecita e sfruttamento della manodopera*, in *IPen*, 2011, p. 645.

²³ In ogni caso, qualora la condotta avesse riguardato prestatori di lavoro stranieri irregolari sul territorio nazionale, il datore di lavoro avrebbe potuto, comunque, essere punito ai sensi dell'art. 22, comma 12, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), per l'impiego illecito di stranieri privi del permesso di soggiorno, o il cui permesso sia scaduto ovvero sia stato revocato o annullato. Si tratta, però, di una fattispecie che copre solo parzialmente il fenomeno del caporalato, perché concepita e strutturata per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina più che quello dello sfruttamento del lavoro in quanto tale.

²⁴ Letteralmente, il soggetto attivo del reato era individuato in "chiunque" potesse in essere un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'at-

mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del delitto di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. rappresentava un grave vuoto di tutela, perché lasciava scoperte le ipotesi in cui fosse lo stesso datore di lavoro a mettere in atto condotte di sfruttamento e quelle in cui le condotte di sfruttamento fossero poste da un caporale di fatto alle dipendenze del datore di lavoro, non essendo configurabile in questi casi un'attività di intermediazione²⁵, la quale presuppone un'autonomia decisionale e organizzativa del caporale rispetto al datore di lavoro.

La formulazione della disposizione non esclude, tuttavia, la configurabilità di una responsabilità del datore di lavoro a titolo di concorso con il caporale con applicazione, oltre che dell'art. 110 cod. pen., anche dell'art. 112, primo comma, n. 2), che prevede un aumento di pena per il concorrente che abbia promosso o organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo. Si tratta, però, di una soluzione interpretativa che opera su un piano meramente pratico, confermando l'incoerenza del dato normativo, perché costringe a considerare come concorrente il soggetto che veramente si avvantaggia dello sfruttamento del lavoratore, oltre a porre, in ogni caso, il problema della prova, sia dell'effettiva condotta tenuta, sia dell'elemento soggettivo. Sarebbe infatti necessario, per garantire un effettivo accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro, provare che sia a conoscenza del ruolo rivestito dal concorrente nel delitto e della sua qualità di "intermediario"; accertamento che, di fatto, si traduce essenzialmente nella verifica – tutt'altro che semplice – della sussistenza di un "previo concerto" tra i due coautori²⁶.

tività lavorativa caratterizzata da sfruttamento; ma ciò non esclude che l'art. 603-*bis* cod. pen. potesse considerarsi, di fatto, un reato proprio dell'intermediario abusivo di lavoro, soggetto qualificato dall'organizzazione dell'attività svolta.

²⁵ Del tutto condivisibile, sul punto, è l'analisi di DI MARTINO, *op. cit.*, il quale evidenzia che la disposizione si rivela "strabica e distorsiva". Strabica, "perché identifica condotte riferibili a soggetti che, almeno secondo la diagnosi corrente ed unanime, non sono quelli che la fattispecie stessa dichiara responsabili, mentre dichiara responsabili soggetti che non possono realizzarle se non relativamente a talune ipotesi, e comunque indirettamente. Distorsiva, correlativamente, perché è un modo distorsivo d'intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro (di un certo tipo di lavoro, almeno) quello con il quale – almeno stando alla lettura corrente – sono criminalizzati selettivamente taluni soggetti, che svolgono un ruolo solo strumentale ad un intero modo di produzione i cui attori primari realizzano di fatto e direttamente le condotte assunte come tipiche ma non sono puniti".

²⁶ Cfr.: BRAMBILLA, "Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato", *recenti riforme a contrasto del fenomeno*, in *RTDPEC*, 2017, pp. 188-222 (in partic. pp. 198 e 199); BRICCHETTI, PISTORELLI,

2.2. Le caratteristiche della condotta

Un ulteriore profilo problematico era rappresentato dalla previsione di elementi necessari della condotta quali la violenza, la minaccia, l'intimidazione e l'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità, che rendevano difficile l'applicazione della disposizione soprattutto in quelle ipotesi in cui, pur in presenza di uno sfruttamento, la condotta di caporalato fosse posta in essere in mancanza di tipiche modalità violente o intimidatorie. Anche il riferimento all'alternativa fra stato di necessità e stato di bisogno del lavoratore, quali oggetto dell'approfittamento del caporale, scontava una certa ambiguità. Per stato di necessità si doveva probabilmente intendere la nozione contenuta nell'art. 54 cod. pen., con la conseguenza che tale condizione sarebbe sussistita in pochissimi casi, di grave pericolo per la persona. Più facilmente verificabile era, invece, la situazione di bisogno, la quale, analogamente a quanto previsto in tema di usura, individuava una condizione, anche temporanea, di estrema criticità, che impediva al soggetto di esercitare il proprio potere contrattuale in maniera effettiva²⁷. Peraltro, il riferimento allo stato di bisogno, da considerare evidentemente meno stringente rispetto allo stato di necessità, e l'uso della congiunzione disgiuntiva rendevano sostanzialmente inutile l'approfondimento dell'interpretazione del concetto di necessità e la questione del confine tra le due fattispecie, essendo di fatto sufficiente l'accertamento dello stato di bisogno.

op. cit., p. 48, secondo i quali il concorso dell'utilizzatore nel reato posto in essere dall'intermediario sarebbe stato integrato qualora il datore di lavoro avesse commissionato al "caporale" il reclutamento e la direzione della manodopera.

²⁷ La formulazione della disposizione, riferita all'approfittamento dello "stato di bisogno o di necessità dei lavoratori" era, sul punto, diversa da quella degli artt. 600 e 601, riferita, invece, all'approfittamento di "una situazione di necessità". Tale ultima formulazione ha consentito alla giurisprudenza di definire la "situazione di necessità" come un *minus* rispetto allo "stato di necessità", così ampliando l'ambito della tutela penale. Si è affermato, in particolare, che, in tema di riduzione in schiavitù o in servitù, la situazione di necessità della vittima costituisce il presupposto della condotta approfittatrice dell'agente e, pertanto, tale nozione non può essere posta a paragone con lo stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., ma va piuttosto posta in relazione alla nozione di bisogno indicata nel delitto di usura aggravata (art. 644, co. 5, n. 3 cod. pen.) o allo stato di bisogno utilizzato nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1418 cod. civ.). La situazione di necessità va, quindi, intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale: in altri termini, coincide con la definizione di "posizione di vulnerabilità" indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la legge 11 agosto 2003 n. 228 ha voluto dare attuazione (Cass. pen., sez. 3, 26 ottobre 2006, n. 2841; sez. 3, 6 maggio 2010 n. 21630).

2.3. Altri profili problematici

Una importante lacuna evidenziata dalla dottrina²⁸ era rappresentata dall'omessa previsione dello strumento della confisca per il reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., che si poneva in contrasto con la direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, che obbliga gli Stati ad adottare misure penali efficaci, persuasive e proporzionate nella lotta allo sfruttamento lavorativo di cittadini immigrati in Paesi terzi²⁹. Mancava, inoltre, il richiamo all'applicabilità della responsabilità degli enti collettivi, nonostante un tale richiamo vi fosse, tra gli altri, per i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 25-*quinquies*, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 231 del 2001).

Ma era la mancanza di adeguati strumenti di tutela della vittima ad impedire l'emersione del fenomeno, che coinvolgeva (e coinvolge), per lo più, stranieri irregolari sul territorio nazionale disposti ad accettare condizioni di lavoro e di vita estreme, i quali, denunciando il reato, sarebbero stati destinati all'espulsione. E la questione si poneva anche per i lavoratori stranieri dotati di permesso di soggiorno, perché comunque privi di alternative occupazionali ed alloggiative cui fare affidamento. Si è occupata del problema la direttiva 18 giugno 2009/52/UE (c.d. direttiva sanzioni), che rappresenta un tentativo di incentivare le denunce da parte delle vittime, attraverso l'introduzione di norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impieghino stranieri irregolari. In particolare, si prevede, oltre al generale divieto di impiegare cittadini irregolari sul territorio, la concessione di un permesso di soggiorno per le vittime di grave sfruttamento lavorativo nel caso in cui, denunciando il fenomeno, collaborino con la giustizia (art. 13). Il recepimento della direttiva è avvenuto in Italia con il d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109; un testo che presentava numerosi profili problematici, perché subordinava, di fatto, la concessione del titolo

²⁸ V. gli autori citati alle note 20, 21, 22.

²⁹ Cfr. CADAMURO, *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, ("Caporalato"), in *RTDPEc*, 2016, p. 823 ss. (in partic., pp. 835-837), la quale osserva che tale lacuna appariva ingiustificata, giacché la stessa misura era prevista, nelle sue varie forme, non solo per i più gravi reati di riduzione in schiavitù o servitù, di tratta di persone, di acquisto ed alienazione di schiavi, ma – quanto meno con riferimento al mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività – anche per le fattispecie contravvenzionali in materia di somministrazione e intermediazione di manodopera, sanzionate all'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003; osserva altresì che al reato dell'art. 603-*bis* cod. pen. si applicava comunque la confisca prevista dall'art. 600-*septies*. Ma, sul punto, v. ampiamente *infra*.

di soggiorno a condizioni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla direttiva stessa³⁰. In particolare, il legislatore è intervenuto sull'art. 22 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che, al comma 12, punisce la condotta del datore di lavoro che impieghi cittadini stranieri irregolari sul territorio, introducendo i commi 12-*bis*, 12-*ter* e 12-*quater*³¹ e dando una definizione del concetto di “particolare sfruttamento” più restrittiva rispetto a quella data dalla direttiva. Infatti, quest'ultima prevede, all'art. 2, lettera i), che le “condizioni lavorative di particolare sfruttamento” sussistono nel caso in cui vi siano “condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana”; mentre la lettera c) del comma 12-*bis* dell'art. 22 del testo unico sull'immigrazione richiama le condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'art. 603-*bis* cod. pen., il quale, nel testo precedente alla novella del 2016, prevedeva un'aggravante per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro nell'ipotesi in cui i “lavoratori intermediati” fossero esposti “a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro”, cioè a situazioni di pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale³². Poiché il legisla-

³⁰ Per un commento al provvedimento, v. L. MASERA, *La nuova disciplina penale in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro degli stranieri irregolari: l'inizio di una diversa politica criminale in materia di immigrazione?*, in *DIC*, 2012, p. 15. Come evidenziato dalla comunicazione del 22 maggio 2014 indirizzata dalla Commissione dell'Unione europea al Parlamento e al Consiglio, “alcuni Stati Membri – tra cui l'Italia – devono ancora mettere in atto in modo soddisfacente le misure di protezione previste dalla direttiva”.

³¹ A norma dei quali: “12-*bis*. Le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-*bis* del codice penale. 12-*ter*. Con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente. 12-*quater*. Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-*bis*, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno [...]”.

³² Cfr. PAGGI, *Tutela dei lavoratori stranieri in condizione di irregolarità. Analisi della direttiva 52 e delle norme italiane di recepimento*, in *Terzo Rapporto su agromafie e caporalato*, Ediesse, 2016, p. 65 ss.; BRAMBILLA, *op. cit.*, pp. 201 e 202 la quale evidenzia come la disposizione, invece del comma 3, avrebbe potuto, più razionalmente, richiamare il comma 2 dell'art. 603-*bis* cod. pen., che de-

tore (comma 12-*quater* dell'art. 22) subordina al particolare sfruttamento lavorativo la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero che cooperi con la giustizia, denunciando la propria situazione, lo scorretto recepimento della direttiva limita di fatto l'incentivazione delle denunce da parte delle vittime, perché non tutte si trovano esposte a situazioni di pericolo³³.

3. *L'incidenza del Jobs Act e del d.lgs. n. 8/2016 sulla disciplina sanzionatoria, riforme in controtendenza*

La già evidenziata inadeguatezza del sistema sanzionatorio, nel suo complesso, si è acuita, con particolare riferimento alle fattispecie contravvenzionali, con l'adozione del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, in attuazione della legge delega n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*), che ha abrogato gli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, riguardanti la somministrazione di lavoro e, in particolare, la contravvenzione della somministrazione fraudolenta, che puniva distorsioni nel mercato del lavoro, finalizzate ad eludere le norme poste a tutela dei lavoratori e a celare gravi situazioni di sfruttamento: l'art. 28 del d.lgs. n. 276 del 2003 (abrogato con il *Jobs Act*) puniva il somministratore e l'utilizzatore per avere posto in essere la somministrazione con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo con la pena dell'ammenda pari ad euro 20 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione; era anche prevista la nullità del contratto di somministrazione, in quanto in frode alla legge, e, come nel caso di utilizzazione illecita, il lavoratore che ne avesse avuto interesse avrebbe potuto essere considerato alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Con i decreti legislativi 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8, in una prospettiva di razionalizzazione del sistema penale, si è proceduto alla depenalizzazione di numerose fattispecie, sia attraverso la trasformazione di alcune di esse in illeciti amministrativi, sia attraverso l'abrogazione di altre e l'introduzione di

finisce lo sfruttamento lavorativo. MASERA, *op cit.*, p. 31, propone un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione dell'art. 22, comma 12-*quater*, in modo da riconoscere il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari anche allo straniero vittima di grave sfruttamento ai sensi del secondo comma dell'art. 603-*bis* cod. pen., e non solo a colui che si sia trovato in situazione di grave pericolo ai sensi del terzo comma.

³³ Ma v. *infra*, par. 4.

sanzioni civili pecuniarie. Per quanto qui rileva, rientrano nella depenalizzazione i reati previsti dall'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 puniti con la sola pena dell'ammenda, tra cui le fattispecie di interposizione illecita ("appalto illecito" e "distacco illecito")³⁴. Sono state depenalizzate anche le fattispecie di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita di manodopera nelle loro ipotesi base; mentre permane la rilevanza penale della fattispecie aggravata dallo sfruttamento dei minori, perché punita anche con l'arresto³⁵. Quanto, poi, all'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione, permane la punibilità della contravvenzione se la condotta è posta in essere a scopo di lucro, mentre, se l'autore non ha perseguito finalità di lucro, l'originaria ammenda da 500 a 2.500 euro è sostituita dalla sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 10.000. Anche tale riforma ha indebolito la tutela dei lavoratori che si realizzava attraverso fattispecie contravvenzionali "di confine" rispetto al delitto di cui all'art. 603-bis cod. pen., per la indubbia minore efficacia deterrente delle sanzioni amministrative in un sistema economico-imprenditoriale spesso sotterraneo e caratterizzato da fluidità, in cui può essere difficoltoso per lo Stato riuscire a far valere pretese pecuniarie nei confronti dei responsabili³⁶.

4. *La riforma in senso ampliativo operata con la legge n. 199 del 2016*

Con la legge 29 ottobre 2016 n. 199 (Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo), si è intervenuti sul codice

³⁴ In questo caso è prevista una sanzione amministrativa pari a 50 euro per giornata lavorativa, per ciascun lavoratore, sanzione che non può essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000. Cfr. Cass. Pen. 10 febbraio 2016 n. 10484, secondo cui, in assenza di un'espressa esclusione, sono depenalizzate le fattispecie disciplinate dall'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 punite con la sola pena pecuniaria, tra cui il reato di "appalto illecito" e di "distacco illecito" (art. 18, comma 5-bis, in relazione, rispettivamente, all'art. 29, comma 1, e all'art. 30, comma 1), essendo tali fattispecie di reato, nelle loro ipotesi-base, punite con l'ammenda di Euro 50 ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

³⁵ Anche in questi casi è prevista, nei confronti sia del somministratore sia dell'utilizzatore, una sanzione pari a 50 euro per ogni giornata e per ogni lavoratore occupato e la sanzione non può mai essere inferiore a 5.000 euro né superiore a 50.000.

³⁶ Anche la previsione del tetto di euro 50.000, applicabile indipendentemente dal numero dei lavoratori e delle giornate lavorate, contribuisce all'indebolimento della tutela.

penale per la seconda volta in un quinquennio – in controtendenza rispetto alle riforme del 2015 e del gennaio 2016 – con l’obiettivo di rendere più efficace la repressione del fenomeno del caporalato, superando le difficoltà applicative del previgente art. 603-bis cod. pen. Oltre alla riformulazione di tale disposizione, il legislatore ha provveduto all’introduzione della circostanza attenuante della collaborazione processuale di cui all’art. 603-bis.1, alla previsione di una ipotesi speciale di confisca (art. 603 bis.2), all’inclusione dell’art. 603-bis tra i reati in relazione ai quali, in caso di accertata sproporzione tra reddito e patrimonio, è applicabile la c.d. confisca “allargata”, alla previsione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro come reato-presupposto per la responsabilità degli enti, all’inserimento delle vittime del caporalato tra coloro che possono accedere al “Fondo per le misure anti-tratta”³⁷.

³⁷ Sulla nuova fattispecie, con accenti variamente critici, cfr. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento*, cit.; ID., *Le contraddizioni di un abnorme meccanismo repressivo*, ivi, 21 novembre 2016; FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell’ottica del legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016; GIANFROTTA, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l’approvazione della legge n. 199/2016*, in *QG*, 1° marzo 2017; CISTERNA, *Caporalato, prova più semplice e applicazione in tutti i settori*, in *QD*, 21 novembre 2016; ID., *Punita anche l’attività di intermediazione*, ivi, 21 novembre 2016; ID., *È sfruttamento anche la violazione di prescrizioni minime*, ivi, 21 novembre 2016; ID., *Aggravanti, sanzioni pesanti contro le condotte antinfortunistiche*, ivi, 21 novembre 2016; CASSANI, *Riflessioni sulle nuove norme in tema di “caporalato” e sfruttamento del lavoro*, in *Parola alla difesa*, n. 2/2016, p. 263; ID., *“Caporalato” e sfruttamento del lavoro: le novità introdotte dalla legge 199/2016*, in *QG*, 5 gennaio 2017; MARINO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in www.ilpenalista.it, 5 dicembre 2016; DI NUNZIO, DI NUNZIO, *Un nuovo strumento normativo contro il caporalato*, in *GL*, 2016, p. 12 ss.; MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *LG*, 2017, n. 2, p. 118; PIVA, *I limiti dell’intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *AP*, 2017, n. 2, pp. 3 ss.; DE MARZO, *Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato*, in *FI*, V, 2016, c. 377; DONNA, *Il nuovo “caporalato” ex art. 603 bis c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2017, p. 61 ss.; CURZIO, *Sfruttamento del lavoro e repressione penale. Alla ricerca di un delicato equilibrio ermeneutico*, in DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli editore, 2017, p. 127 ss.; GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *LPen*, 1° marzo 2017; ROTOLO, *A proposito del ‘nuovo’ delitto di ‘intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro’. Note critiche sul controllo penale del c.d. caporalato*, in Ferrante (a cura di), *Economia “informale” e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, 2018, p. 149 ss.; MOTTA, *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, n. 1, p. 57 ss.; PIERDONATI, *Appunti in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *GPen*, 2017, parte II, pp. 500-512.

La riforma incide, innanzi tutto, sugli elementi costitutivi del reato, che erano rappresentati: dalla sussistenza di un'attività organizzata di intermediazione nel reclutamento di manodopera o nell'organizzazione del lavoro di questa in condizioni di sfruttamento; da una condotta caratterizzata da violenza, minaccia o intimidazione; dall'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità del lavoratore. In particolare, le modalità della condotta consistente nella violenza, minaccia o intimidazione vengono espunte dalla fattispecie base e trasferite all'ipotesi aggravata del secondo comma; inoltre, la condotta di intermediazione viene definita in modo più ampio, eliminando il riferimento alla sussistenza di un'attività organizzata, cosicché la stessa è ormai caratterizzata dal semplice reclutamento di manodopera. Con il n. 2) del primo comma, viene introdotta una nuova condotta, che punisce l'utilizzo, impiego o assunzione di manodopera in condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori. Si tratta di una formulazione che pone problemi ai fini dell'individuazione di un significativo contenuto di disvalore in base al quale selezionare i comportamenti meritevoli di sanzione penale, a fronte dell'intenzione del legislatore di contrastare in maniera più efficace, anche sul piano sanzionatorio, un allarmante fenomeno sociale. In particolare, la ridefinizione in senso ampliativo del concetto di intermediazione illecita come reclutamento di manodopera "allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno" risponde alle critiche della dottrina alla precedente formulazione, la quale non teneva conto del fatto che la rilevanza penale del caporalato risiede proprio nell'attività di reclutamento. Dunque, la tutela penale si incentra, ormai, sul concetto di reclutamento, che di per sé è più specifico della mera intermediazione, giacché va oltre il semplice incontro di domanda e offerta, in quanto consiste in un'attività di procacciamento di persone e di sollecitazione a svolgere un certo tipo di prestazione, nonché al raggiungimento di un accordo finalizzato all'impiego di tali persone³⁸.

³⁸ Cfr. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione*, cit., pp. 221-237 (in partic. 224), la quale – nel definire il comportamento punito come attività illecita di procacciamento di manodopera, attraverso un'azione di persuasione di soggetti di cui la gente conosce lo stato di bisogno, con l'intento di sottoporli a condizioni di sfruttamento – richiama la nozione giurisprudenziale di reclutamento in materia di prostituzione, che consiste nell'espletamento di un'attività volta alla ricerca della persona da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e rimanervi per un certo tempo al fine di prestarsi, con continuità e regolarità, alle richieste di prestazioni sessuali dei

La più rilevante novità della riforma è rappresentata, però, dall'introduzione della condotta di utilizzo, impiego o assunzione di manodopera in condizioni di sfruttamento, anche mediante l'attività di intermediazione. Ciò allo scopo di punire, a titolo proprio e non più a titolo di concorso con il caporale, il datore di lavoro, soggetto che utilizza il lavoratore sfruttato e appare sul piano socio-economico il vero responsabile della violazione delle libertà costituzionalmente garantite al lavoratore, in quanto beneficiario di prestazioni sottocosto. Il nuovo fulcro della disciplina è, dunque, il concetto di sfruttamento accompagnato dall'approfittamento dello stato di bisogno del lavoratore, comune alla fattispecie di reclutamento di manodopera (n. 1 del primo comma dell'art. 603 *bis* cod. pen.) e a quella di utilizzo di manodopera (n. 2 del primo comma), perché, per quest'ultima, l'intermediazione non costituisce più presupposto necessario. In altri termini, la fattispecie dell'utilizzazione illecita di manodopera può essere ritenuta configurabile anche qualora le modalità di assunzione dei lavoratori siano regolari, purché vi sia una condizione di sfruttamento e approfittamento.

Quanto alla nozione di sfruttamento, gli indici previsti dalla vecchia formulazione dell'articolo sono stati modificati in modo significativo. Quelli dei nn. 1) e 2) del previgente secondo comma si riferivano a condizioni di "sistematica violazione" delle norme sulla retribuzione, sull'orario, su riposo, sull'aspettativa obbligatoria, sulle ferie; mentre, a seguito della riforma, sono punite violazioni che possono essere semplicemente "reiterate", ovvero ripetute senza necessariamente rappresentare il sistema di organizzazione dell'impresa³⁹. Anche il requisito del previgente n. 3) è stato modificato, perché richiedeva in precedenza la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale, mentre, nella formulazione attuale, tale ultimo requisito è scomparso, essendo sufficiente la

clienti (*ex plurimis*, Cass. Pen., sez. 3, 12 novembre 2014 n. 12999/2015; sez. 3, 20 ottobre 2016 n. 15217, dep. 28 marzo 2017); richiama altresì la fattispecie del reclutamento e utilizzazione di mercenari (art. 4 della legge n. 210 del 1995), che comprende sia l'attività di reperimento di persone disponibili ad attività militari mercenarie, sia il raggiungimento di un accordo finalizzato al loro impiego (su cui v. Cass. Pen., sez. 6, 1° luglio 2003 n. 36776; sez. 1, 5 marzo 2009 n. 13597).

³⁹ Deve però osservarsi che il riferimento alla reiterazione e alla palese difformità della retribuzione rispetto a quella contrattuale o, più in generale, alla quantità e qualità del lavoro prestato, costituiscono in ogni caso un elemento di significativa limitazione dell'ambito di applicazione delle nuove disposizioni.

sussistenza di violazioni in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro. Quanto a tale ultimo requisito, la disposizione non distingue tra violazioni formali e violazioni sostanziali e, richiamando in via generale potenzialmente tutti i precetti esistenti (rintracciabili, per lo più, nella disciplina generale del d.lgs. n. 81 del 2009, ispirato ad una marcata anticipazione della tutela della sicurezza, attraverso la previsione di numerose contravvenzioni di pericolo), amplia notevolmente l'ambito di applicazione della sanzione penale. Meno significativa è, invece, la modifica del n. 4), che, nella previgente formulazione, si riferiva alla sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative particolarmente degradanti, mentre nella formulazione attuale tali situazioni sono definite semplicemente "degradanti" con l'eliminazione dell'avverbio "particolarmente".

Non vi è dubbio che l'ampliamento del concetto di sfruttamento che emerge dalla riforma renda meno efficace la sua funzione selettiva dei comportamenti da sottoporre a sanzione penale; con la conseguenza che tale funzione viene di fatto esercitata dall'ulteriore requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno, che riprende la formula della circostanza aggravante prevista in materia di usura dell'art. 644, quinto comma, n. 3), cod. pen.⁴⁰. L'area di applicabilità della disposizione sanzionatoria si amplia, inoltre, per la scomparsa del riferimento all'attività organizzata di intermediazione presente nel vecchio testo; cosicché la condotta penalmente rilevante perde il carattere della professionalità e della serialità. Ciò non significa, peraltro, che la nuova fattispecie sia applicabile ad ogni assunzione di manodopera in nero, perché, come visto, è necessario l'ulteriore duplice presupposto della sottoposizione dei lavoratori a condizione di sfruttamento e dell'approfittamento

⁴⁰ È stato eliminato il riferimento del precedente testo normativo allo stato di necessità, che poteva ritenersi superfluo, perché operato in via disgiuntiva ("approfittando dello stato di bisogno o di necessità") Cfr. CADAMURO, *op. cit.*, p. 831. Peraltro, anche nella precedente formulazione della fattispecie lo stato di bisogno andava individuato con riferimento all'aggravante del delitto di usura, in relazione alla quale la giurisprudenza, nel ricostruirla in senso oggettivo, richiedeva che vi fosse una "condizione di reale ed apprezzabile privazione riguardo a bisogni che sono da considerarsi essenziali per qualunque persona" (Cass. Pen., sez. 2, 8 marzo 2000 n. 4627). Secondo DE RUBEIS, *op. cit.*, pp. 228 e 229, l'accostamento andrebbe operato, non con la fattispecie di usura attualmente vigente, bensì con quella antecedente alla modifica apportata dalla legge 7 marzo 1996 n. 108, che si riferiva all'approfittamento dello stato di bisogno, assumendo per questo un carattere tendenzialmente soggettivo e causando uno slittamento della tutela verso la punizione di un autore socialmente nocivo più che di un fatto dannoso o pericoloso.

dello stato di bisogno; presupposto non configurabile in generale per piccole prestazioni occasionali, sporadici lavori artigianali, di riparazione, o domestici.

Quanto all'apparato sanzionatorio, lo stesso viene modificato nel senso di una pena che resta unica per entrambe le condotte di reclutamento e utilizzo, punite con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, che si differenzia dall'ipotesi aggravata da violenza o minaccia, punita con la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato. Si introducono, inoltre, la confisca obbligatoria, anche per equivalente, dei beni che costituiscono prezzo, prodotto o profitto del reato (art. 603-*bis*.2 cod. pen.), nonché la confisca *ex art. 12-sexies* del d.l. n. 306 del 1994⁴¹, che consente l'ablazione del patrimonio sproporzionato rispetto al reddito di cui l'imputato non riesca a dimostrare la provenienza lecita.

Confrontando, poi, la fattispecie in esame con la circostanza aggravante prevista dall'art. 22, comma 12-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, sembra emergere un difetto di coordinamento. Posto che uno degli scopi dichiarati dell'estensione dell'applicazione dell'art. 603-*bis* cod. pen. al datore di lavoro è quello di riallineare lo sfruttamento dei lavoratori regolari a quello dei lavoratori stranieri irregolari⁴², deve rilevarsi come il richiamato art. 22, comma 12-*bis*, lettera c), punisca con la reclusione fino a quattro anni e sei mesi colui che impiega lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, sottoponendoli a condizioni di particolare sfruttamento. Si tratta, dunque, di una condotta sovrapponibile rispetto all'utilizzo di manodopera in condizione di sfruttamento, ma con l'ulteriore disvalore derivante dalla violazione delle normative in materia di immigrazione e di lavoro, trattandosi di soggetti irregolari che, per ciò solo, non possono essere assunti. La pena prevista dall'art. 22, comma 12-*bis*, è, però, inferiore rispetto a quella fissata dall'art. 603-*bis* cod. pen.; il che può porre problemi di compatibilità del sistema con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in considerazione del fatto che l'art. 22, comma 12-*bis*, presenta – come visto – un profilo di specialità rispetto alla condotta di utilizzazione dell'art. 603-*bis* cod. pen., così da sottrarre i casi più gravi all'ambito di applicazione della disposizione del codice.

⁴¹ A seguito dell'intervento dell'art. 7, comma 1, lettera l), del d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, la confisca è oggi prevista e disciplinata dall'art. 240-*bis* cod. pen.

⁴² Cfr. FERRANTI, *op. cit.*, p. 3, che richiama, sul punto, i lavori preparatori e, in particolare, la relazione in aula per la seconda commissione (on. Berretta).

Quanto alla concessione del permesso di soggiorno, che si collega strettamente – come visto – all’emersione del fenomeno⁴³, va osservato che le modifiche apportate nel 2016 all’art. 603-*bis* cod. pen. ad opera della legge n. 199 del 2016 hanno rimediato, nella sostanza, alle conseguenze dello scorretto recepimento della direttiva 18 giugno 2009/52/UE. Infatti, il terzo comma della disposizione modificata prevede, non più il riferimento alle situazioni di grave pericolo quali circostanze aggravanti del delitto *de quo* (ora passate nel successivo quarto comma), ma il richiamo agli indici di sfruttamento che, prima della novella legislativa, erano indicati al secondo comma. Ne consegue che, considerando come “dinamico” il rinvio dell’art. 22, comma 12-*bis*, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998 all’art. 603-*bis*, terzo comma, cod. pen., la difformità tra la nozione di sfruttamento lavorativo adottata dalla direttiva comunitaria e quella adottata in ambito nazionale viene meno; con l’ulteriore conseguenza che si estende lo strumento premiale della concessione del permesso di soggiorno anche a situazioni che prima ne rimanevano escluse, come quelle dei lavoratori irregolari sul territorio, che non si trovino in situazioni lavorative tali da comprometterne la salute o l’integrità fisica. Infatti, a seguito della novella del 2016, scompare la restrizione della nozione comunitaria di particolare sfruttamento causata dal richiamo della lettera c) del comma 12-*bis* dell’art. 22 del t.u. sull’immigrazione al comma 3, anziché al comma 2 dell’art. 603-*bis* cod. pen. e, perciò, possono considerarsi situazioni di particolare sfruttamento, rilevanti ai sensi del richiamato art. 22, comma 12-*bis*, anche: la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme rispetto ai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa sull’orario di lavoro, i riposi, l’aspettativa obbligatoria, le ferie; la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti⁴⁴.

⁴³ V. *supra*, par. 2.3., in partic. nota 31 e richiamo.

⁴⁴ Sempre con riferimento alla concessione del permesso di soggiorno e alla sua funzione premiale al fine dell’emersione di fenomeni di abuso nei confronti dei lavoratori, va ricordato che, anche prima della riforma del 2016, trovava applicazione l’art. 18 del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevede la concessione allo straniero di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale e il suo inserimento in un programma di assistenza e integrazione sociale, a prescindere da un suo fattivo contributo per la giustizia, ossia a prescindere dalla denuncia della situazione

La legge di riforma del 2016 (art. 6) ha anche aggiunto il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro tra quelli per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001; il delitto in esame rientra, così, tra i reati-presupposto previsti dall'art. 25-*quinquies* del d.lgs. n. 231 del 2001, rubricato "Delitti contro la personalità individuale", con una "sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote". Un tale inserimento era avvertito da più parti come fortemente auspicabile già dalla prima formulazione della norma, proprio in virtù delle dimensioni e caratteristiche complesse che il fenomeno del caporalato aveva assunto, perché una gestione efficace del flusso e della utilizzazione illecita dei lavoratori era consentita proprio per l'impiego di risorse di tipo imprenditoriale e organizzazioni la cui attività aveva cessato di restare circoscritta alla tratta di persone e allo sfruttamento della prostituzione. Del resto la previsione della responsabilità degli enti si muove di pari passo con la previsione espressa della responsabilità del datore di lavoro, nel senso di una disciplina che colpisca con efficacia i reali attori e beneficiari della vicenda criminale⁴⁵. Deve però osservarsi che l'estensione dell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 anche a questo reato si iscrive in un complessivo disegno politico-criminale non chiaramente intelligibile, perché non si pone in coerenza con l'architettura complessiva di una disciplina – pur mutata sensibilmente negli anni – originariamente rivolta a quelle imprese per le quali la realizzazione di un reato rappresenti un fatto patologico e, dunque, tendenzialmente e non, invece, alle "imprese intrinsecamente illecite", ovvero quelle per le quali il ricorso alla violazione della legge costituisca una modalità prevalente di esercizio dell'attività. A ciò può aggiungersi che imprese medie o piccole, quali quelle che normalmente utilizzano il caporalato, non hanno al proprio interno la capacità organizzativa e le risorse economiche per consentire quell'allestimento di adeguati modelli di prevenzione del reato che rappresenta la principale *ratio* del richiamato d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁶.

Per completezza, va ricordato che l'art. 2 della legge n. 199 del 2016 ha anche inserito nel codice penale i nuovi artt. 603-*bis.1* e 603-*bis.2*. La prima di tali disposizioni prevede una nuova circostanza attenuante per coloro che

di sfruttamento all'autorità. Il campo di applicazione di questo strumento di protezione era (ed è) limitato, però, ai delitti previsti dall'art. 380 cod. proc. pen.

⁴⁵ Cfr. CADAMURO, *op. cit.*, pp. 837 e 838.

⁴⁶ Pare condivisibile quanto osservato, in tal senso, da ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del caporalato*, in *DPP*, 2018, pp. 811-823.

si siano efficacemente adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove dei reati o per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Rispetto alla disposizione prima applicabile (l'art. 600-*septies*. 1, la cui applicabilità è esclusa espressamente dal terzo comma dell'art. 603-*bis*. 1): si introduce l'ipotesi di elementi utili "per il sequestro delle somme o altre utilità"; si elimina il presupposto che le prove alla cui acquisizione il soggetto abbia cooperato siano decisive e si specifica che l'attenuante e riconosciuta anche qualora la collaborazione riguardi elementi per i quali il soggetto non sia in concorso di reato⁴⁷. Per assicurare la genuinità delle dichiarazioni collaborative, il comma 2 della nuova disposizione stabilisce anche che "nel caso di dichiarazioni false o reticenti si applicano le disposizioni dell'articolo 16-*septies* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82". Ciò comporta, dunque, il rischio della revisione della sentenza quando la circostanza attenuante dell'art. 603-*bis*. 1, cod. pen. sia stata applicata per effetto di dichiarazioni false o reticenti, ovvero quando chi ha beneficiato della circostanza attenuante predetta commette, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l'arresto in flagranza è obbligatorio.

La novella del 2016 anche introdotto nell'ordinamento (con l'art. 3) il controllo giudiziario dell'azienda, che è disposto dal giudice, in luogo del sequestro, qualora ricorrano i presupposti del comma 1 dell'art. 321 cod. proc. pen. e l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. Si tratta di un istituto che risponde più ad un modello di commissariamento che ad un modello gestionale-amministrativo (quale quello dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen.), la cui introduzione non prevede una totale esclusione dell'imprenditore dalla gestione, bensì un suo affiancamento da parte dell'amministratore nominato dal giudice. Questo, oltre ad autorizzare lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, riferendo al giudice ogni tre mesi, e comunque ogni qualvolta emergano irregolarità, vigila sull'osservanza delle norme e delle condizioni

⁴⁷ Evidenzia SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., 860, come si tratti di una consapevole scelta di politica criminale, perché la relazione illustrativa evidenzia che "può aversi il caso in cui il soggetto imprenditore che sfrutta la manodopera, se coinvolto in un procedimento penale, possa riferire notizie utili, ma che attengono ad episodi di intermediazione, sempre facenti capo allo stesso intermediatore, ma relativi ad altre imprese o fruitori di manodopera".

lavorative la cui violazione costituisce indice di sfruttamento, procede alla regolarizzazione dei lavoratori e adotta misure adeguate al fine di impedire che le violazioni si ripetano, anche in difformità dalle proposte formulate dall'imprenditore o dal gestore. Si tratta di uno strumento indubbiamente utile e innovativo, che risponde all'esigenza di conciliare i livelli occupazionali e la regolamentazione del mercato del lavoro, da un lato, e l'esigenza della legalità, dall'altro⁴⁸. Non risulta, però, del tutto chiaro, nella logica complessiva della riforma, quale sia il rapporto fra tale strumento, ispirato alla logica della continuazione dell'azienda, e quello della confisca, la cui portata è stata contestualmente ampliata e il cui normale effetto è, invece, quello di affossare definitivamente l'attività imprenditoriale illecita⁴⁹.

Si prevede, infine, con l'art. 7, l'estensione alle vittime del caporalato delle provvidenze del Fondo antitratto. Tale fondo, operativo dal 2000 e coordinato dal Dipartimento per le pari opportunità, garantisce assistenza, ai sensi dell'art. 13, della legge n. 228 del 2003, alle presunte vittime di tratta e a quelle già identificate come tali, per un periodo minimo di tre mesi, prorogabile di altri tre, con una presa in carico da parte di enti pubblici o del settore privato sociale. Al termine del periodo, i beneficiari potranno comunque fruire, ai sensi dell'art. 18, del d.lgs. n. 286 del 1998, di una serie di ulteriori servizi, quali l'accoglienza residenziale, la consulenza psicologica, l'assistenza legale, la mediazione linguistico-culturale, l'accompagnamento ai servizi socio-sanitari, la formazione professionale, il supporto nella ricerca del lavoro⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. GIANFROTTA, *op. cit.*; FIORE, *La nuova disciplina penale dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, pp. 267-285 (in partic. pp. 283-285).

⁴⁹ Cfr. COSTA, *Il caporalato: problemi e prospettive*, in *DPL*, 2016, pp. 2813-2816.

⁵⁰ Completano il quadro altre disposizioni a protezione delle vittime e, più in generale, dei lavoratori agricoli: a tutela delle vittime, si prevede l'assegnazione al Fondo antitratto dei proventi delle confische ordinate a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis cod. pen. (art. 7); a sostegno del lavoro agricolo, si modifica la normativa che ha istituito presso l'INPS la c.d. Rete del lavoro agricolo di qualità, alla quale possono essere iscritte le imprese agricole più virtuose, che non hanno riportato condanne penali per violazioni della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e che non sono destinatarie, negli ultimi tre anni, di sanzioni amministrative oltre ad essere in regola con il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi (art. 8). In particolare: viene integrato il catalogo dei reati ostativi e si prevede che, ai fini del divieto di iscrizione, le sanzioni amministrative legate alle violazioni in materia di lavoro e di legislazione sociale e in

5. Il “caporalato” nella giurisprudenza

5.1. Cenni sulle pronunce dei giudici europei

A livello europeo, assume un qualche rilievo per il tema in esame la sentenza della Corte di Giustizia UE 11 ottobre 2016, in causa C- 601/14, che ha riconosciuto un inadempimento dell'Italia nell'ambito dei reati intenzionali violenti commessi sul territorio nazionale, per non avere approntato un sistema generale d'indennizzo che fosse in grado di coprire tutte le tipologie di reati dolosi violenti nelle situazioni “transfrontaliere”. Prima che la Corte di Giustizia depositasse la sentenza, però, il legislatore italiano aveva rimediato alla procedura di infrazione n. 2011/4147 aperta dalla Commissione nei confronti dell'Italia, con una serie di articoli inseriti nella legge 7 luglio 2016 n. 122 (Legge europea 2015-2016), entrata in vigore il 23 luglio 2016. In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 11 di tale legge ha disciplinato il “diritto all'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti”, in attuazione della direttiva 2004/80/CE: l'art. 11, comma 1, della disposizione, facendo salve le provvidenze in favore delle vittime di determinati reati previste da altre disposizioni di legge, ove più favorevoli, riconosce il diritto all'indennizzo a carico dello Stato alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona e comunque del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., “ad eccezione dei reati di percosse e di lesioni di cui rispettivamente agli artt. 581 e 582, salvo che ricorrano le circostanze aggravanti previste dall'art. 583 del codice penale”.

Ben più rappresentativo è il caso affrontato dalla Corte Edu⁵¹, originato dal ricorso di alcuni cittadini del Bangladesh che erano stati impiegati in Grecia senza permesso di lavoro e sottoposti a lavori forzati. La Corte ha ri-

materia di imposte e tasse possano anche non essere definitive; si introducono ulteriori requisiti per le imprese agricole che intendano partecipare alla Rete del lavoro agricolo di qualità (l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro e il controllo da parte di soggetti che siano in possesso del complesso dei requisiti indicati). Si prevede, poi, un piano di interventi con misure per la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori agricoli stagionali, nonché con idonee forme di collaborazione con le sezioni territoriali della Rete. Vi sono, infine, disposizioni in materia di riallineamento retributivo (art. 10).

⁵¹ Cedu, Sez. I, 30 marzo 2017, n. 21884/15, *Chowdury e altri c. Grecia*, su cui v. A. SCARCELLA, *Raccogliere fragole senza stipendio e sotto vigilanza armata è lavoro forzato*, in *IQG*, 6 aprile 2017.

tenuto violato l'art. 4, par. 2 (divieto di lavori forzati), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché i loro datori di lavoro li avevano reclutati per raccolte agricole, ma non avevano pagato loro gli stipendi e li avevano obbligati a lavorare in condizioni fisiche difficili, sotto il controllo di guardie armate. Secondo la sentenza, la situazione dei lavoratori rientrava nella nozione di traffico di esseri umani e di lavoro forzato e la Grecia era venuta meno all'obbligo di evitare che detta situazione violasse i diritti umani, al fine di proteggere le vittime, senza condurre un'indagine efficace sui reati commessi e senza punire i responsabili del traffico⁵².

5.2. La giurisprudenza nazionale fino al 2017

Come già evidenziato, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, il reato di cui all'art. 603-bis cod. pen. punisce quelle condotte distorsive del mercato del lavoro, che, in quanto caratterizzate dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, non si risolvono nella mera violazione delle regole relative all'avviamento al lavoro sanzionate dall'art. 18 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Ciò è stato affermato, in particolare, in una fattispecie in cui la Corte, con riferimento alla formulazione previgente della disposizione, ha ritenuto integrato il requisito dell'intimidazione nella rinuncia dei lavoratori stranieri, privi di adeguati mezzi di sussistenza, a richiedere il pur irrisorio compenso pattuito con l'agente, per il timore di non essere più chiamati a lavorare⁵³. Una successiva pronuncia ha poi affermato che il riferimento all'attività organizzata di intermediazione (espunto dalla fattispecie incriminatrice a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, della legge 29 ottobre 2016 n. 199, più sfavorevole, sotto questo profilo, rispetto alla formulazione anteriore), lungi dal configurare il reato *ex art. 603-bis cod. pen.* come necessariamente a forma associativa, integra un requisito modale della condotta, la quale deve svolgersi in modo non occasionale, ma attraverso una strutturazione che comporti l'impiego di mezzi⁵⁴.

Venendo alla giurisprudenza di merito, la sentenza che ha operato la

⁵² La breve rassegna della giurisprudenza europea è tratta da SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., pp. 858 e 859.

⁵³ Cass. Pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, in *MGL*, 2015, p. 352, con nota di BASSOTTI, *Sul reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: primi chiarimenti*.

⁵⁴ Cass. Pen., sez. 5, 23 novembre 2016, n. 6788.

più completa ricostruzione del quadro normativo e della sua evoluzione è quella pronunciata dalla Corte d'Assise di Lecce, il 13 luglio 2017⁵⁵ in una vicenda ampia e complessa, la quale ha affermato che l'intermediazione illecita organizzata e finalizzata allo sfruttamento lavorativo di cittadini extracomunitari introdotti clandestinamente in Italia o comunque presenti nel territorio irregolarmente, e a tal fine mantenuti in condizione di soggezione continuativa, integra il delitto di associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei delitti di riduzione in condizione analoga alla schiavitù, di favoreggiamento alla permanenza illegale sul territorio italiano di cittadini extracomunitari, di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Per quanto qui rileva, nel capo A si contestava a tutti gli imputati il reato di cui all'art. 416 cod. pen. nell'ipotesi aggravata del sesto comma, per aver dato vita ad un'associazione criminale, attiva in alcune zone del meridione d'Italia (in particolare le campagne di Nardò e Rosarno), finalizzata al reclutamento di cittadini extracomunitari da sfruttare nella raccolta di angurie e pomodori e, a tal fine, mantenuti in condizione di soggezione continuativa e, pertanto, diretta alla commissione di più delitti, tra i quali quelli di riduzione in condizione analoga alla schiavitù, di favoreggiamento alla permanenza illegale sul territorio italiano di cittadini extracomunitari, di estorsione e violenza privata. In tale contesto, alcuni imputati avevano il ruolo di organizzatori e altri imputati quello di partecipi, in quanto titolari di aziende presso le quali si verificava lo sfruttamento della manodopera straniera, ovvero "caporali" legati all'associazione e agli stessi imprenditori, con compiti di accompagnamento, organizzazione e controllo del lavoro, al fine di trarne il massimo sfruttamento. La sentenza afferma la centralità, ai fini del decidere, dell'analisi delle fattispecie del caporalato e della riduzione in schiavitù. Quanto al primo, si evidenzia come questo non esaurisca le nuove forme di sfruttamento lavorativo, ma ne rappresenti un aspetto specifico, in alcuni casi anche marginale, ma sempre particolarmente grave. Esso è, infatti, parte di un modello sociale vasto, complesso e trasversale, non circoscrivibile dentro categorie sociologiche rigide ma necessariamente aperte, che può coinvolgere la partecipazione di diversi soggetti, con funzioni correlate tra loro. Secondo la Corte, "a questo modello 'liquido' e resistente di impresa non importa il co-

⁵⁵ In *Cass. pen.*, 2018, p. 4361, con nota di DE RUBEIS, *Bene giuridico e corretta definizione delle fattispecie. Sui rapporti tra riduzione in schiavitù e intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, e in *GI*, 2018, p. 1703, con nota di MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*.

lore della pelle del lavoratore [...] quanto, invece, la sua fragilità sociale, la sua vulnerabilità e ricattabilità, tanto da sfociare talvolta in forme contemporanee [...] di riduzione in servitù e schiavitù”. Quanto al caso di specie, si distinguono, inoltre, diverse figure: a) il “caporale” o anche “caponero”, ovvero colui che recluta i lavoratori, organizza le squadre e dispone il trasporto; b) il “tassista”, che gestisce la fase del trasporto dal luogo di reclutamento al campo di lavoro e viceversa; c) il “venditore” o “ristoratore”, che organizza la vendita di generi alimentari, di solito a prezzi superiori a quelli ordinari; d) l’“aguzzino”, che adopera violenza nei confronti di lavoratori riottosi o fastidiosi; e) il “caporale amministratore delegato”, che opera come uomo di fiducia del datore di lavoro e coordina l’opera degli altri caporali, pianificando il lavoro. La sentenza ripercorre, poi, l’evoluzione normativa del sistema, affermando, a sostegno della tesi secondo cui la novità legislativa non ha sortito l’effetto sperato, che in giurisprudenza si rinviene una sola sentenza di legittimità (Cass. 27.3.2014, n. 14591)⁵⁶ e che da ciò è nata la necessità di una rivisitazione della norma, intervenuta con la legge n. 199 del 2016. Quanto al caso di specie, in sintesi, la Corte afferma che il lavoro prestato dagli operai extracomunitari si connotava per: 1) essere oggetto di “caporalato”, nel senso che l’avviamento al lavoro avveniva esclusivamente grazie all’intermediazione illecita da parte di “caporali” (fattispecie che oggi integrerebbe pacificamente l’ipotesi di reato di cui all’art. 603-bis cod. pen.); 2) essere oggetto di grave sfruttamento, avuto riguardo ai massacranti turni di lavoro, alle retribuzioni estremamente esigue, alle difficoltosissime condizioni in cui le prestazioni lavorative avevano luogo, all’assoluta disapplicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, alle minacce, alle violenze, ai ricatti cui i lavoratori venivano ripetutamente sottoposti. Dunque si tratta, non di un caso episodico, ma di un vero e proprio sistema strutturato, organizzato e voluto dai numerosi soggetti coinvolti (datori di lavoro e caporali) talvolta nel silenzio, se non con la complicità, delle istituzioni. Tutto ciò induce i giudici a ritenere sussistenti tanto il delitto di riduzione in schiavitù quanto quello di associazione a delinquere. Quanto a quest’ultimo, si osserva che un sistema di tal fatta, per potersi mantenere e perpetuare negli anni, necessita di una interazione tra le condotte dei caporali, e quelle dei datori di lavoro,

⁵⁶ Lamenta l’esiguità della giurisprudenza che ha fatto applicazione della disposizione PERELLI, *Intermediazione e sfruttamento del lavoro. Una riforma importante, passata in Sordina*, in QG, 31 marzo 2017.

che di essi si avvalgono, quasi sempre nella piena consapevolezza tanto delle modalità di reclutamento, quanto nella concreta gestione della forza lavoro; e la prova del vincolo associativo può, dunque, trarsi proprio da tale interdipendenza delle condotte, tutte poste in essere in ossequio a ruoli ben determinati e strumentali al funzionamento del meccanismo e al conseguimento del massimo dei profitti. Si conclude, dunque, per la sussistenza, a carico degli imputati, dei reati di cui agli artt. 81, 110, 416 (anche sesto comma), 600, primo e secondo comma; quanto, invece, alla fattispecie di cui all'art. 603-bis cod. pen. si afferma che la stessa non può trovare applicazione *ratione temporis*, in mancanza di una prova certa della protrazione dei fatti oltre l'entrata in vigore del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, mentre, su un piano teorico, la stessa potrebbe ritenersi comunque assorbita, in quanto meno grave, nel reato di riduzione in schiavitù⁵⁷.

La sentenza, interessante testimonianza del periodo dell'entrata in vigore del nuovo reato di caporalato, muove dall'assunto che vi sia una ideale progressione criminosa, dalle violazioni regolamentari alla vera e propria riduzione in schiavitù mediante asservimento a prestazioni lavorative, nel cui ambito il reato introdotto con l'art. 603-bis cod. pen. risulta destinato a colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro, essendo, in definitiva, finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole in materia di mercato del lavoro, ma non raggiungono "le vette dello sfruttamento estremo", proprio del delitto di riduzione in schiavitù, "come confermato dalla clausola di sussidiarietà con la quale si apre la previsione"⁵⁸. Come si desume da più passaggi della motivazione in punto di fatto, la sussistenza di condizioni tali da raggiungere la prova dello sfruttamento della situazione di bisogno dei lavoratori risulta "trainante" rispetto alla prova diretta della violenza o della minaccia. In altri termini, la costrizione cui le vit-

⁵⁷ E ciò, anche a prescindere dalla clausola di riserva del primo comma dell'art. 603-bis cod. pen. Si evidenzia, infatti, che la differenza fra il reato di cui all'art. 603-bis e quello di riduzione in schiavitù sta, fondamentalmente, nella maggior gravità di quest'ultimo, connotato da una più estesa privazione della libertà di autodeterminazione e nel fatto che la riduzione in schiavitù si attaglia alle condizioni di lavoro ma non si esaurisce con quelle. In altri termini le due fattispecie si atteggiavano come due cerchi concentrici: più grande quello dell'art. 603-bis, più piccolo quello di cui all'art. 600 cod. pen., nel senso che tutto ciò che è caporalato non è necessariamente schiavitù, ma ciò che è schiavitù è, ancora prima, caporalato.

⁵⁸ Rimarcano questi profili di differenza tra le varie fattispecie Cass. Pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, e Sez. 5, 18 dicembre 2015 (dep. 21 aprile 2016) n. 16737.

time di caporalato sono sottoposte deriva non tanto da esplicite minacce, quanto invece dalla consapevolezza che, ove i lavoratori non si assoggettassero alle gravose condizioni loro imposte, perderebbero la possibilità di garantirsi il sostentamento. In tale quadro, la minaccia, può essere posta in essere anche in modo indiretto o tacito, purché attraverso comportamenti concludenti si dia contezza al soggetto minacciato dell'alternativa fra l'accettazione di una pretesa illecita e l'assoggettamento a un danno ingiusto⁵⁹. Quanto al reato associativo di cui all'art. 416 cod. pen., emerge dalla pronuncia una valorizzazione della sua autonomia rispetto alla riduzione in schiavitù, perché tale ultima fattispecie, per la sua generalità e onnicomprensività, prescinde da ogni profilo organizzativo. E la contemporanea contestazione dei due reati permette di coprire adeguatamente la ramificazione territoriale del fenomeno di sfruttamento di particolare gravità oggetto del procedimento⁶⁰.

Riveste un certo interesse la sentenza del Gip del Tribunale di Brindisi 8 giugno 2017, resa all'esito di giudizio abbreviato, la quale si riferisce anche alla fattispecie dell'art. 603-bis cod. pen., nella versione successiva alla modifica del 2016, ripercorrendo ampiamente l'evoluzione storica dell'istituto e dando atto che le contestazioni oggetto del procedimento, che riguardano il periodo fra il 2014 e l'aprile 2016, restano regolate dalla vecchia fattispecie. In base all'analisi del quadro istruttorio, costituito anche da intercettazioni, il giudice ritiene: la sussistenza di un'attività organizzata di intermediazione, con reclutamento della manodopera da inviare presso l'impresa agricola, trasporto dei braccianti (con "staffetta" per prevenire eventuali interventi delle forze dell'ordine) e organizzazione dell'attività lavorativa; lo sfruttamento dell'attività lavorativa, sotto il profilo della sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi e, comunque, sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, con bustepaga fittizie e attribuzione arbitraria di compensi per lavoro straordinario,

⁵⁹ In questi termini, la condivisibile ricostruzione interpretativa di MORGANTE, *op. cit.*

⁶⁰ La Corte d'assise d'appello di Lecce, con sentenza del 9 aprile 2019, della quale non è ancora nota la motivazione, pare non avere condiviso la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di primo grado, giungendo ad assolvere la maggioranza degli imputati. Non è questa la sede per operare una valutazione analitica del compendio istruttorio al fine di valutare se le condotte poste in essere siano effettivamente sussumibili nella fattispecie astratta della riduzione in schiavitù. Deve però ricordarsi come tale fattispecie presupponga un elevatissimo grado di compressione della libertà personale, che va al di là dell'approfittamento, anche grave e reiterato, dello stato di bisogno di soggetti la cui capacità di autodeterminazione non sia del tutto annullata.

normalmente per difetto, a prescindere dall'effettiva durata delle prestazioni; lo sfruttamento, sotto il profilo della sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro e al riposo settimanale, essendo i lavoratori sottoposti a pesantissimi ritmi, di regola anche nei giorni festivi, senza adeguati momenti di riposo e con ritorni anche in tardissima serata; lo sfruttamento, sotto il profilo della sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene tali da esporre i lavoratori a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale, per le modalità di trasporto in veicoli nei quali venivano stipati o posizionati nel bagagliaio, molto al di là della regolare capienza dei veicoli stessi; lo sfruttamento, sotto il profilo della sottoposizione a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza e situazioni alloggiative particolarmente degradanti, essendo limitato l'uso del bagno e non essendo stati presi in considerazione malori e situazioni di disagio ed estrema stanchezza; l'uso di minacce e intimidazioni, relative a prospettati licenziamenti o rimpatri nei paesi di origine, nonché alla non corresponsione del salario dovuto o alla pretesa che parte dello stesso fosse restituita; l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, soggetti di disagiatissima condizione economica.

Su un piano più strettamente giuridico, deve osservarsi che il giudice evidenzia come la sussistenza del requisito della violenza o minaccia fosse elemento costitutivo del delitto prima della riforma introdotta nel 2016, che lo ha trasformato in circostanza aggravante ad effetto speciale. Osserva, altresì, che la nuova normativa deve ritenersi più favorevole nei casi in cui – come quello in esame – ricorrono ulteriori aggravanti ad effetto speciale (il numero dei lavoratori reclutati superiori a tre). Infatti, l'applicazione della normativa vigente al momento del fatto imporrebbe l'aumento della pena da un terzo alla metà sulla pena base prevista dal primo comma dell'art. 603-*bis* cod. pen. nell'originaria formulazione; mentre, con l'applicazione della nuova normativa, poiché il requisito della violenza o minaccia diventa una circostanza aggravante ad effetto speciale e poiché anche il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre è una aggravante ad effetto speciale, trova applicazione l'art. 63, quarto comma, cod. pen., il quale prevede che, se concorrono più circostanze aggravanti a effetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla. In forza di tale disposizione, il giudice non ritiene in concreto di apportare alcun ulteriore aumento per l'aggravante del numero dei lavoratori con riferimento ad un'imputata.

5.3. La giurisprudenza nazionale degli ultimi due anni

Dalla più recente giurisprudenza di legittimità giungono alcuni spunti per l'interpretazione della disposizione dell'art. 603-*bis* cod. pen. nella sua formulazione attualmente vigente. Nella sua sinteticità, Cass. pen., sez. 5, 16 gennaio 2018 n. 7891, afferma, in particolare, che il reato di caporalato è configurabile anche in assenza di un profitto, essendo sufficiente l'aver reclutato manodopera posta in condizioni di sfruttamento, vista la centralità del presupposto dello stato di bisogno dei lavoratori.

Assai più rilevante è la successiva Cass. pen., sez. 4, 27 settembre 2018 n. 54024, la quale si occupa, invece, della confisca, affermando che non è dato ricavare alcun dato sistematico né alcuna intenzione del legislatore di prevedere la confisca ex art. 600-*septies* cod. pen., ritagliata solo per i delitti a danno dei minori, anche ai casi di condanna per il reato di caporalato. Ne consegue che i beni che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del delitto potranno essere confiscati solo in ragione della specifica previsione dell'art. 603-*bis*, n. 2), cod. pen., con esclusivo riferimento ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore di tale ipotesi specifica di confisca obbligatoria, diretta o per equivalente. La Corte giunge a tale conclusione in un caso in cui vi era stato un provvedimento di sequestro preventivo, emesso in relazione all'ipotesi di reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., per fatti commessi dal 2012 al dicembre 2016, e finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato realizzato, sotto forma di risparmio di spesa. Il Tribunale del riesame aveva riconosciuto che il sequestro preventivo era stato disposto – ai sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen. – essenzialmente con riferimento all'ipotesi di confisca per equivalente, introdotta, per tale specifica ipotesi di reato, dall'art. 603-*bis*.2 cod. pen. Senonché tale norma è stata inserita nell'ordinamento dalla legge n. 199 del 2016, art. 2, comma 1, a decorrere dal 4 novembre 2016, mentre il reato per cui si procedeva era stato commesso nel 2012. All'obiezione difensiva che aveva lamentato la violazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, il Tribunale aveva replicato che già dal 2012 era comunque in vigore una ipotesi di confisca di beni di valore equivalente a quelli che costituiscono profitto del reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., ossia quella dell'art. 600-*septies* cod. pen., trattandosi di confisca che troverebbe applicazione a tutte le ipotesi di reato previste nella stessa sezione I in cui è collocata la norma incriminatrice in disamina. La Corte di cassazione non condivide tale ricostruzione interpretativa e opera una lettura sistematica

e diacronica dell'art. 600-*septies* cod. pen. – introdotto dall'art. 7 della legge n. 269 del 1998 – che, nella sua prima formulazione prevedeva delle pene accessorie nel caso di condanna per i delitti previsti dagli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies* cod. pen.; tutti delitti inseriti nella sezione I (Dei delitti contro la personalità individuale) del capo III, titolo XII, libro II del codice penale, riferiti alla tutela contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno di soggetti minori. In tale prima formulazione era assente qualsiasi riferimento ai “delitti di cui alla sezione prima” o a reati diversi da quelli in essa espressamente indicati, e non era prevista alcuna forma di confisca. Con la legge n. 228 del 2003, art. 15, è stata introdotta una forma di confisca per equivalente in relazione ai reati di cui agli articoli “previsti dalla presente sezione”, vale a dire quelli sopra indicati, oltre a quelli già previsti in tale sezione, vale a dire gli artt. 600, 601 e 602 cod. pen., oggetto di modifica legislativa proprio ad opera della legge n. 228 del 2003. Un'ulteriore modifica è stata apportata con la legge n. 38 del 2006, in materia di “Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet”, con la quale è stato introdotto un secondo comma nell'art. 600-*septies* cod. pen. che prevedeva, in caso di condanna per i reati dianzi menzionati, “l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori”. Infine, la legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), con l'art. 4, comma 1, ha sostituito l'art. 600-*septies* con l'attuale formulazione, che prevede la confisca “per i delitti previsti dalla presente sezione”, nonché per i reati in materia di violenza sessuale ai danni di minori. Poco prima dell'introduzione di quest'ultima modifica – come noto – la legge n. 148 del 2011 aveva introdotto nuove “Misure a sostegno dell'occupazione”, tra cui la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 603-*bis*, inserita nella stessa Sezione I in cui è collocato l'art. 600-*septies* cod. pen. Tale essendo l'evoluzione normativa, la Corte di cassazione afferma che il mero dato formale costituito dal fatto che l'ultima versione dell'art. 600-*septies* cod. pen. sia entrata in vigore in epoca successiva alla introduzione della norma di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. non comporta l'automatica applicabilità a tale specifico reato di quella ipotesi di confisca, sulla base del mero richiamo, ivi contenuto, ai “delitti previsti dalla

presente sezione”; e ciò perché, secondo la Corte, l’art. 600-*septies* ha sempre avuto lo scopo di contrastare in maniera più efficace fenomeni di abuso nei confronti dei minori (legati alla prostituzione, alla pornografia o a condotte di violenza sessuale), mediante la previsione di sanzioni aggiuntive per i responsabili di tali specifici delitti, costituite da pene accessorie e dalla confisca di beni costituenti prodotto, prezzo o provento dei reati in questione, senza mai prendere in considerazione l’art. 603-*bis* cod. pen. E in tale senso la sentenza valorizza il fatto che negli interventi normativi che hanno apportato modifiche all’art. 600-*septies* cod. pen. non vi è mai stato alcun riferimento al reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Infatti, i lavori preparatori dell’ultima modifica dell’art. 600-*septies* (quella del 2012) risalgono addirittura al 2010, epoca precedente all’introduzione nell’ordinamento (nel 2011) dell’art. 603-*bis* cod. pen.; cosicché pare evidente che vi sia stato un difetto di coordinamento fra i due interventi legislativi, con particolare riguardo a quello del 2012 per l’art. 600-*septies* c.p., che non ha in alcun modo considerato – nel mantenere la dizione “delitti previsti dalla presente sezione” – che in quella stessa sezione del codice penale era stato nel frattempo introdotto il nuovo articolo 603-*bis*, contenente una fattispecie penale del tutto autonoma e distinta rispetto ai reati della sezione diretti alla tutela dei minori, nei soli confronti dei quali era finalizzata tale confisca, visto che la modifica legislativa aveva ad oggetto proprio la ratifica della Convenzione di Lanzarote del 2007 per la protezione dei minori vittime di sfruttamento e di abuso sessuale. Allo stesso modo, nessun riferimento alla confisca *ex* art. 600-*septies* è presente nel provvedimento legislativo che ha introdotto l’art. 603-*bis* cod. pen. A conferma della ritenuta inapplicabilità al caporalato della confisca *ex* art. 600-*septies*, la Corte richiama l’art. 600-*septies*.2 cod. pen., anch’esso introdotto con la legge n. 172 del 2012, che, pur riportando la stessa espressione dell’art. 600-*septies* (“delitti previsti dalla stessa sezione”), prevede per tali delitti pene accessorie (perdita della responsabilità genitoriale, interdizione perpetua da uffici attinenti alla tutela, curatela o amministrazione di sostegno, perdita del diritto agli alimenti e esclusione dalla successione della persona offesa) riferibili ai reati a tutela di vittime minorenni, ma del tutto incongruenti rispetto alla tutela di lavoratori vittime di intermediazione illecita e di sfruttamento di cui all’art. 603-*bis* cod. pen. Ad ulteriore conferma, si afferma che, se la confisca di cui all’art. 600-*septies* fosse stata suscettibile di essere applicata anche al reato di sfruttamento della manodopera, non si comprenderebbe la ragione dell’introduzione, con la legge n. 199 del 2016,

dell'art. 603-*bis*.2 cod. pen., che prevede, appunto, una specifica ipotesi di confisca obbligatoria – diretta o per equivalente – per il reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen.

Del tutto condivisibilmente, la Corte di cassazione sceglie di adottare un'interpretazione storico-sistematica, evidenziando, da un lato, la chiarezza del disegno del legislatore nel senso di un graduale incremento degli strumenti di tutela delle vittime minorenni da reati a sfondo sessuale, dall'altro, l'evidente mancanza di coordinamento tra tale disciplina e quella introdotta contro lo sfruttamento di manodopera. E, del resto, l'interpretazione letterale, di segno opposto, si baserebbe su di una espressione generica, quale quella riferita ai “delitti previsti dalla presente sezione”, che di per sé non può ritenersi sufficiente, alla luce di quanto osservato, per poter ricondurre al reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. una previsione di confisca (art. 600-*septies* cod. pen.) che, peraltro, per quanto consta, non ha mai trovato concreta applicazione in relazione al reato in questione.

Più di recente, il Tribunale di Milano, sezione misure di prevenzione⁶¹, ha disposto l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 del Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) nei confronti di un'importante azienda multinazionale che opera nel settore della logistica, estendendo in concreto l'ambito di applicazione dell'art. 603-*bis* cod. pen. ben al di là dei tradizionali settori dell'agricoltura e dell'edilizia), superando così la rappresentazione stereotipata dello sfruttamento del lavoro come di un fenomeno legato a contesti poco sviluppati del territorio nazionale. Si tratta, inoltre, del primo caso in cui l'art. 34 del codice antimafia trova applicazione avendo quale presupposto il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro⁶². Il sistema di sfruttamento del lavoro oggetto dell'attenzione del Tribunale è costituito da un'organizzazione strutturata attraverso una rete di cooperative fittizie, che operavano come schermo rispetto all'azienda utilizzatrice della manodopera. In realtà, i lavoratori delle cooperative erano esclusi da ogni effettiva forma di collaborazione mutualistica e non partecipavano a decisioni comuni, mentre il *dominus* di fatto era la società che concretamente si avvaleva dei servizi

⁶¹ Decreto 7 maggio 2019 n. 59, nei confronti di Ceva Logistics Italia s.r.l.

⁶² L'osservazione è di MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*, in *DPCont.*, 2019, 6, p. 171 ss., il quale sottolinea la versatilità degli strumenti che la norma mette a disposizione e richiama, quanto agli indici di sfruttamento, la recente Cass. Pen., sez. 4, 1° febbraio 2019, n. 5081, secondo la quale, per la sussistenza del reato, tali indici non devono necessariamente coesistere.

(di facchinaggio e movimentazione merci) e forniva direttive gestionali e decisionali, imponendo un regime di sopraffazione nella retribuzione e nel trattamento, con costanti minacce di licenziamento, turni di lavoro di dodici ore, paghe inferiori ai minimi previsti, straordinari imposti, ferie negate. Del tutto coerentemente con il carattere marcatamente sostanzialistico della tutela penale, il Tribunale, al di là dell'inquadramento formale dei lavoratori alle dipendenze dell'una o dell'altra cooperativa, individua quale responsabile il soggetto utilizzatore finale della manodopera e dispone la misura patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria proprio nei confronti di tale soggetto. Si tratta – ed in questo sta la “modernità” dell'intervento – di una misura concepita nei termini di una amministrazione per affiancamento, priva di componenti repressive; rivolta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione anti-giuridica di imprese sane, con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirla al libero mercato, una volta depurate dagli elementi inquinanti. E l'amministrazione giudiziaria sarà, quindi, finalizzata ad analizzare ed eventualmente rimodulare, in un'ottica primaria di salvaguardia dell'occupazione, gli accordi contrattuali in essere con la rete delle cooperative aventi ad oggetto la prestazione di manodopera, coinvolgendo altre società operanti nella prestazione di servizio di manodopera. Si specifica, inoltre, che l'amministrazione dovrà provvedere a verificare l'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 per prevenire fattispecie di reato ricollegabili all'art. 603-bis cod. pen. Da notare, infine, che il Tribunale sceglie di colpire la multinazionale utilizzatrice finale della forza lavoro sfruttata, utilizzando lo strumento dell'amministrazione giudiziaria anziché quello del controllo giudiziario previsto dall'art. 3 della legge n. 199 del 2016, che può trovare applicazione nei confronti dell'azienda presso cui è stato commesso il reato. E ciò è possibile in conseguenza della coesistenza di una pluralità di strumenti, la cui scelta resta affidata alla discrezionalità del giudice, in mancanza di rigidi parametri precostituiti.

6. *Brevi considerazioni conclusive*

Mosso dalla necessità di approntare uno strumento di tutela sufficientemente elastico, che si collocasse a metà tra le violazioni meramente formali in materia di lavoro e la grave fattispecie della riduzione in schiavitù, il legi-

slatore è intervenuto in due riprese, creando e poco dopo modificando il nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Già nella sua formulazione del 2011, l'art. 603-*bis* cod. pen. aveva occupato lo spazio nel quale si collocavano condotte di grave sopraffazione, che non erano, però, tali, da provocare un vero e proprio annichilimento della libertà delle vittime, perché queste non perdevano del tutto la possibilità di autodeterminarsi e sfuggire alle difficili condizioni di lavoro loro imposte, pur dovendone pagare il costo in termini di sicurezza economica o, in molti casi, di permanenza sul territorio nazionale. La nuova formulazione della fattispecie dell'art. 603-*bis* cod. pen., ispirata ad un positivo intento di razionalizzazione della disciplina sanzionatoria, con l'eliminazione delle lacune esistenti nel vecchio testo, pare raggiungere il suo obiettivo solo in parte. Essa ha il merito di creare una nuova figura di "caporalato senza caporale", ma – al di là dell'indubbio risultato rappresentato dalla chiara riferibilità della fattispecie anche al datore di lavoro, conseguenza della scissione fra intermediazione e sfruttamento – appare ispirata ad un intento, non sempre mirato, di intervento *omnibus*, attraverso un dispiegamento di strumenti il cui coordinamento non appare nella pratica di facile realizzazione. Si pensi, ad esempio, al problema, del rapporto fra il potenziamento della confisca, istituto che acquisisce, nella specie, un carattere tipicamente sanzionatorio, e l'introduzione del controllo giudiziario in chiave ripristinatoria della legalità. Probabilmente questa seconda strada è quella che il legislatore avrebbe dovuto perseguire più coraggiosamente, perché il principale limite della novella del 2016 è proprio quello di non risolvere il problema pratico di garantire la possibilità per il datore di lavoro di assumere squadre di lavoratori, anche stranieri, a basso livello di specializzazione, in modo rapido e legale. In mancanza di strutture pubbliche che siano in grado di fare incrociare efficacemente la domanda e l'offerta e di una politica dell'immigrazione rivolta in tal senso, specialmente nelle province a più marcata vocazione agricola, è naturale che i lavoratori facciano riferimento a "caporali", che garantiscano loro la giornata di lavoro, oltre ai servizi accessori, come trasporto, vitto e alloggio, traendone guadagni illeciti. Per contro, i datori di lavoro lucrano dall'approfitto delle condizioni di bisogno dei lavoratori un risparmio di costi che garantisce di fatto una competitività che il sistema produttivo non avrebbe se l'attività imprenditoriale si svolgesse nei limiti della legalità⁶³; anzi, in un contesto locale di ge-

⁶³ Cfr. SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., 862; A. MERLO, *op. cit.*, pp. 174-176.

neralizzato dispregio della legge, il ricorso al caporalato viene percepito dagli imprenditori come uno strumento essenziale per mantenersi sul mercato. Come in generale per i fenomeni legati all'immigrazione, l'approccio repressivo non appare, dunque, sufficientemente efficace, perché si limita a colpire le conseguenze patologiche della mancata gestione dei flussi migratori, il cui effetto è quello di inibire di fatto la possibilità di impiegare lecitamente una manodopera straniera che possa essere regolarmente presente sul territorio nazionale proprio allo scopo di garantire al comparto agricolo adeguati livelli di produttività. Accanto alle manifestazioni più tradizionali del caporalato, in contesti agricoli e in aree economicamente arretrate, si palesano, però, forme di sfruttamento nuove e più evolute, che impongono di adeguare paradigmi interpretativi e strumenti di contrasto. Proprio in questo quadro, va comunque osservato che gli orientamenti giurisprudenziali tengono conto in modo consapevole dell'evoluzione e dei limiti della disciplina penale, valorizzando la posizione intermedia dell'art. 603-bis cod. pen. rispetto alle violazioni formali, da un lato, e ai più gravi reati e degli artt. 600 e seguenti dall'altro, e giungendo a soluzioni sempre più consapevoli della necessità di realizzare un bilanciamento tra i vari interessi in gioco⁶⁴, nel senso di preferire all'approccio puramente repressivo misure dirette a favorire la continuazione dell'attività imprenditoriale, condizionandola all'indispensabile regolarizzazione dei rapporti di lavoro.

⁶⁴ Si pensi al recente decreto del Tribunale di Milano 7 maggio 2019 n. 59.

Abbreviazioni fuori elenco

| | |
|---------------|-----------------------------------------------------|
| <i>DDPen</i> | Digesto delle Discipline Rivista Penalistiche |
| <i>LPO</i> | Lavoro e Previdenza Oggi |
| <i>IPen</i> | Indice Penale |
| <i>DPCont</i> | Diritto penale contemporaneo |
| <i>RP</i> | Rivista Penale |
| <i>RTDPEc</i> | Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia |
| <i>DIC</i> | Diritto, immigrazione e cittadinanza |
| <i>QD</i> | Il Quotidiano del diritto |
| <i>QG</i> | Questione giustizia |
| <i>QG</i> | Il quotidiano giuridico |
| <i>LPen</i> | Legislazione Penale |
| <i>GPen</i> | La giustizia penale |

Abstract

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro previsto dall'art. 603-*bis* cod. pen. muove da un intento di razionalizzazione della disciplina sanzionatoria che raggiunge il suo obiettivo solo in parte. Essa si serve, infatti, di un insieme di strumenti il cui coordinamento non appare nella pratica di facile realizzazione, come la confisca, a carattere tipicamente sanzionatorio, e l'introduzione del controllo giudiziario, in chiave ripristinatoria della legalità. Il legislatore avrebbe dovuto perseguire più nettamente l'obiettivo del ripristino della legalità, allo scopo di risolvere il problema pratico di garantire la possibilità per il datore di lavoro di assumere, in modo rapido e legale, lavoratori non sfruttati, i cui diritti fondamentali siano efficacemente garantiti nel quadro di una politica dell'immigrazione e dell'occupazione ispirata a trasparenza ed efficienza. .

The legislative and jurisprudential evolution of the crime of illicit intermediation and exploitation of labor provided for by article 603-*bis* of the penal code is inspired by an intent of rationalization that only partially reaches its aim. As a matter of fact, the actual regulation is not consistent enough, because it is based on a set of instruments of different nature, such as confiscation, with a typically sanctioning nature, and the introduction of judicial control, in order to restore legality. The legislator should have more clearly pursued the goal of restoring legality, in order to solve the practical problem of guaranteeing the possibility for the employer to hire, in a rapid and legal way, workers whose fundamental rights are effectively protected, within the framework of an immigration and employment policy based on transparency and efficiency.

Key words

Caporalato, intermediazione illecita, sfruttamento, mercato del lavoro, sanzione penale, ripristino della legalità.

Illegal hiring, illicit intermediation, exploitation, labor market, penal sanction, restoration of legality.

Franca Borgogelli
Riflessioni sul sistema di valutazione
nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme

Sommario: **1.** Introduzione: il ruolo della valutazione. **2.** Le aporie della disciplina precedente la riforma Madia. **3.** Le modifiche introdotte dalla riforma del 2017. **4.** Osservazioni sul futuro.

1. Introduzione: il ruolo della valutazione

Il sistema di valutazione rappresenta, come è ben noto, uno dei nodi tutt'ora irrisolti della disciplina del lavoro pubblico, ovvero, più in generale, del lungo percorso di riforma della pubblica amministrazione iniziato nel 1992: il susseguirsi, a ogni tappa di quel percorso, di interventi legislativi in materia non ha condotto alla costruzione di una regolamentazione soddisfacente. Giunta in porto nel maggio 2017, dopo una navigazione particolarmente agitata, la quarta riforma del lavoro pubblico¹ che introduce modifiche anche al sistema di valutazione, se ne è prospettata una quinta con la presentazione, nel marzo 2019, da parte dell'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione Bongiorno, di un disegno di legge “recante deleghe al governo per il miglioramento della pubblica amministrazione” finalizzato, tra l'altro, ad “assicurare il miglioramento dei sistemi di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa delle amministrazioni pubbliche”². Il successivo cam-

¹ D.lgs. 25 maggio 2017 n. 74, contenente modifiche al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione dell'art. 17, co. 1, lett. r), l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche; D.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, recante modifiche e integrazioni al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in attuazione di disposizioni degli artt. 16 e 17 della l. 124/2015.

² Il disegno di legge è stato presentato al Senato il 5 marzo 2019 e registrato con il n. S-1122.

bio di governo non consente, nel momento in cui si scrive, di fare ipotesi in ordine all'evoluzione legislativa; può peraltro essere utile qualche riflessione, pur senza entrare nel merito dell'esegesi delle specifiche disposizioni, sulle scelte normative sin qui effettuate e sulle cause della sostanziale inadeguatezza, in termini di efficacia ed efficienza, dei risultati raggiunti, considerato che l'indiscussa rilevanza della materia porterà presumibilmente a nuovi interventi regolativi.

Della necessità di superare i limiti dell'attuale disciplina non si può infatti dubitare, perché il sistema di valutazione riveste un ruolo centrale nella struttura regolativa dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA), rappresentando la pre-condizione della legittimazione del modello privatistico-contrattualistico che fa perno sulla separazione tra politica e amministrazione, costruito con i provvedimenti legislativi del 1992/93 e 1997/98 e mai messo in discussione nei suoi tratti fondativi dai successivi interventi riformatori. Peraltro si tratta di capire di quale tipo di intervento ci sia bisogno. Ovvero, se si ritengono sufficienti operazioni di manutenzione e rettifica, prospettando solo un attento monitoraggio prodromico di correzioni mirate a porre rimedio a discrasie tra regole e prassi, conseguente a una non adeguata attenzione all'implementazione delle norme. Oppure, se si è in presenza di errori e di lacune nel sistema regolativo che lo rendono inadeguato rispetto al ruolo centrale che la valutazione ricopre nella struttura della disciplina dell'organizzazione e del lavoro nelle PA; dunque si impone, se quella struttura non si intende modificare alla radice³, la necessità di riformulare radicalmente la disciplina del sistema di valutazione per renderlo finalmente conforme al ruolo che riveste⁴. Con ciò ovviamente non si auspica il reiterarsi del costume della riformulazione delle (medesime) regole e dunque a ogni cambio di maggioranza, che ha sovente condotto a sommergere le PA di norme inutili o difficilmente coordinabili, contraddicendo il proclamato obiettivo di razionalizzazione e semplificazione.

³ Chi scrive ritiene che la struttura originaria della riforma degli anni '90 del '900 non vada messa in discussione. Al riguardo si rinvia da ultimo alle analisi e riflessioni di L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2018, n. 366; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2019, *Collective Voumes*, n. 8, p. 9 ss.

⁴ Si anticipa che le riflessioni qui svolte condurranno a questa ultima conclusione.

Per rispondere al quesito può essere utile sottolineare come parlare di valutazione conduca a trattare dei temi fondanti la privatizzazione/contrattualizzazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, delle radici del modello regolativo e della sua legittimazione costituzionale, ovvero tornare alle (ri)costruzioni giuridiche – in particolare di Orsi Battaglini e di D’Antona⁵ – a cui hanno dato riscontro le decisioni della Corte Costituzionale che hanno avallato la riforma a fronte dei molti dubbi e rilievi critici. Infatti, come è ben noto, tale modello regolativo⁶, nel momento in cui separa la sfera della “politica” da quella della “gestione”, affidando ai dirigenti il compito di amministrare in piena autonomia “con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (ora art. 5, co. 2, d.lgs. 165/2001), necessita del sistema della valutazione per legittimarsi a fronte del dettato dell’art. 97 Cost., come si deduce dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, a partire dalle decisioni n.313 del 1996 e n.309 del 1997 sino alle più recenti⁷.

In altri termini, il modello regolativo che si basa sulla funzionalizzazione non dei singoli atti, assoggettati al controllo di legittimità, ma del complesso dell’attività, presuppone necessariamente la valutazione della conformità dell’esito dell’attività dell’amministrazione ai principi di imparzialità e buon andamento, con i corollari dell’efficacia, efficienza, economicità. Come scrive Orsi Battaglini, in questo modello (che chiama “sintetico” contrapponendolo a quello “analitico”, pubblicistico, entrambi possibili modi di attuazione dell’art. 97 Cost.) l’ordinamento riferisce “la valutazione dell’imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende, o risultati, intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue) e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l’atto ma l’attività”⁸. Il passaggio dalla funzionalizzazione “analitica” alla funzionalizzazione “sintetica” attribuisce dunque all’esistenza di un valido sistema di valutazione un ruolo fondamentale: se il

⁵ ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, DLRI, 1993, p. 461 ss.; D’ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, ora in D’ANTONA, *Opere*, p. 205 ss.; D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, ora in D’ANTONA *Opere*, p. 128 ss.

⁶ Modello che non è stato messo in discussione, almeno nei suoi profili portanti, dal succedersi degli interventi legislativi e confermato dalla riforma Madia.

⁷ Si vedano in particolare le decisioni della Corte Costituzionale n. 20 del 2016, n. 81 del 2013, n. 304 del 2010, nn. 390 e 161 del 2008, n. 103 e n. 104 del 2007.

⁸ ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 471.

modello privatistico/contrattualistico implica una diversa concezione giuridica dell'organizzazione e quindi del potere organizzativo⁹, il risultato finale, non dato dalla somma delle conformità ai fini di ogni singolo atto ma lasciato libero di esplicarsi, dovrà poi necessariamente essere sottoposto a verifica¹⁰.

In sintesi, dal momento che nel modello privatistico/contrattuale l'equilibrio tra imparzialità dell'attività amministrativa e attuazione dell'indirizzo politico rappresenta il nodo centrale¹¹, il sistema di valutazione, essenziale per garantire tale equilibrio, si configura cruciale, rappresentando lo strumento di chiusura del modello. Un ruolo che comporta un raggio d'azione ampio e complesso: come attestato dalla dottrina prevalente, il sistema di valutazione, per assolvere al compito di verificare la corrispondenza dei risultati dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, deve (*rectius* dovrebbe) occuparsi non solo delle relazioni interne – del rapporto tra politica e dirigenti (verifica della rispondenza della gestione autonoma dei dirigenti agli obiettivi e alle direttive del vertice politico), e tra dirigenti e personale (verifica della qualità delle prestazioni in relazione all'organizzazione usando tra l'altro gli strumenti della premialità) – ma anche dei risultati complessivi dell'insieme delle attività, alla luce dei bisogni da soddisfare. Sarebbe dunque da misurare e valutare – tenendo conto del rapporto tra profilo individuale e profilo collettivo (*rectius* organizzativo), secondo i dettati delle scienze dell'organizzazione, trovando i rimedi o i correttivi in caso di esito negativo o parzialmente insoddisfacente – l'intero processo, a partire dalla qualità e adeguatezza degli obiettivi e delle direttive dei vertici politici, e analizzare il livello di soddisfazione dei bisogni della collettività raggiunto, la qualità complessiva dell'attività, l'uso adeguato delle risorse pubbliche. Si dovrebbe altresì considerare che i protagonisti principali sono non solo i dirigenti, i quali gestiscono la micro-organizzazione e il personale, rapportandosi con la sfera politica per riceverne obiettivi e direttive, da un lato, e con il personale per

⁹ Come è stato efficacemente rilevato, “la “privatizzazione” non è in questa o in quella regola – più o meno generale o specifica –, in questo o in quell'istituto; è, prima di tutto, in una diversa concezione giuridica dell'organizzazione e quindi del potere organizzativo: riguarda l'organizzazione che si fa nella complessità e nella dinamicità del reale” (A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 322).

¹⁰ ORSI BATTAGLINI, *ibidem*.

¹¹ “Come noto, il *punctum dolens* è l'equilibrio tra imparzialità dell'attività amministrativa e attuazione dell'indirizzo politico”: A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 319.

guidarlo al raggiungimento del risultato dell'attività amministrativa che sovrintendono, dall'altro, ma anche il vertice politico, che individua gli obiettivi e i programmi e sovrintende al processo a cascata di assegnazione degli incarichi.

Appare dunque evidente, nel quadro delineato, la centralità, per il buon funzionamento del sistema di valutazione, della disciplina della relazione del dirigente con gli organi di direzione politica¹²: un rapporto che si può leggere in termini di processo circolare, di stretta connessione che chiama in causa le irrisolte criticità del nesso tra dirigenza e politica per le aporie presenti nella regolazione sia della valutazione sia della responsabilità dirigenziale. Non si condivide, pertanto, l'opinione espressa da una parte della dottrina amministrativistica quando riconduce le difficoltà e le prassi distorte nel rapporto tra politica e amministrazione alla "sudditanza" della dirigenza alla politica quale connotato del modello privatistico introdotto dalla riforma degli anni '90, e in particolare allo *spoil system*. Si è affermato che "la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico assimilando la dirigenza pubblica a quella privata ha fornito argomenti al suo assoggettamento alla politica (sistema *spoil system* contro principio del merito)"¹³. Al contrario, è da dubitare che la "sudditanza" sia conseguenza ineluttabile di quel modello e che la soluzione dei problemi risieda nell'accentuazione del distacco tra politica e dirigenza, perché la loro interazione è necessaria, avendo entrambe, pur su piani separati e con competenze diverse, la responsabilità di assicurare una azione pubblica che soddisfi i bisogni della collettività. Infatti, nel modello di privatizzazione disegnato negli anni '90 la separazione tra sfera politica e sfera amministrativa si prospetta come uno scambio proficuo, nella reciproca autonomia e differenza dei ruoli; e la verifica dei risultati rappresenta il momento di controllo e di legittimazione.

In altre parole, il modello privatistico delinea il rapporto tra dimensione politica e dimensione amministrativa in termini di "coordinamento funzio-

¹² Per l'analisi del legame tra questi profili si rinvia alla letteratura che si è occupata di dirigenza pubblica, ma le numerose opere non possono essere qui richiamate.

¹³ Per l'affermazione che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, assimilando la dirigenza pubblica a quella privata, ha fornito argomenti al suo assoggettamento alla politica e che "il principio del merito" ha subito "i più intensi attacchi con l'introduzione di massicce dosi di *spoil system*" si rinvia a MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di GARDINI, Quaderni della SPISA, Bononia University Press, 2012, sul punto p. 256 ss.

nale” e sostituisce alla verifica del mercato e agli indici di profitto la valutazione della qualità del servizio reso dalla pubblica amministrazione. Le difficoltà e le prassi distorte nel rapporto tra politica e amministrazione sono quindi da imputare soprattutto all’inidonea regolazione e applicazione del sistema della valutazione e all’assenza di attenzione per la “valutazione esterna”¹⁴; nonché alla carente e confusa disciplina del correlato sistema degli incarichi e della responsabilità dirigenziale e allo scarso, se non nullo, rilievo attribuito al ruolo e alle responsabilità della sfera politica. Il problema risiede dunque non nel modello, ovvero nella scelta regolativa a monte, ma nella disciplina – soprattutto della dirigenza e della valutazione¹⁵ – che doveva accompagnarla per tradurre in concreto il disegno e consentirne l’attuazione.

Del resto, come è stato osservato, la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale “riflette la dicotomia presente nell’impianto costituzionale, in cui il modello di amministrazione totalmente tecnica e imparziale (art.97 Cost.) è costretto a convivere con quello di un’amministrazione totalmente ministeriale e politica (95 Cost). Si tratta in realtà di una dicotomia fisiologica, direi persino sana. È persino illusorio, infatti, pensare di rendere totalmente impermeabile la dirigenza pubblica a qualsiasi rapporto con la politica. (...) È illusorio soprattutto pensare di eliminare la politicità di una decisione pubblica semplicemente trasferendone la titolarità ad organi tecnici (...) è molto importante individuare un giusto punto di equilibrio tra politica e gestione, fiducia e tecnica, buon andamento e imparzialità”¹⁶. Di conseguenza, partendo dal presupposto che per realizzare tale equilibrio sia necessario un adeguato sistema di valutazione, e che i problemi derivino dalla regolazione attuativa del modello di separazione/interrelazione tra vertice politico e dirigenza con riguardo ai profili della valutazione nonché, in connessione, degli incarichi e responsabilità dirigenziali, si considererà il percorso legislativo della disciplina del sistema di valutazione in questa ottica, al fine

¹⁴ “Rivolta non a verificare *in chiave gestionale il funzionamento* dell’organizzazione, ma a misurare *in chiave istituzionale gli esiti* dell’attività delle pubbliche amministrazioni”: così A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 325, a cui si rinvia per la riflessione sulla “decisiva (sinora incompiuta) “valutazione esterna” delle pubbliche amministrazioni”, la quale “nell’attuale contesto sarebbe il vero antidoto alla patologia della politica; e prima di tutto per questo – con ogni probabilità – fatica tanto a decollare” (*ibidem*, p. 327).

¹⁵ Per quanto riguarda l’analisi critica dell’evoluzione legislativa in materia di valutazione della dirigenza v. in particolare SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, LPA, 2016, p. 70 ss.

¹⁶ GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità*, in LPA, 2016, pp. 159-160.

di verificare se la riforma Madia sia riuscita a superare i limiti e le lacune della previgente normativa. Quanto meno, se si sia avvicinata all'obiettivo, e dunque sia opportuno proseguire per quella strada, sulla quale sembrava avviarsi anche la riforma Bongiorno, oppure se sia necessario intraprendere un percorso di riforma decisamente più radicale.

Nella prospettiva di analisi qui adottata non si considererà invece il profilo della misurazione e valutazione della *performance* in relazione all'attribuzione di un riconoscimento economico per dirigenti e dipendenti, quale mezzo per garantire il rispetto del principio del merito, corollario dei principi del buon andamento e dell'imparzialità. Si tratta di una dimensione interna al complessivo sistema, un mezzo – sebbene talvolta inteso come un fine¹⁷ – per la distribuzione della retribuzione e delle opportunità di carriera; tuttavia non assume la centralità che sovente gli è stata attribuita, soprattutto per il ruolo assorbente ricoperto nell'attenzione del legislatore, il quale ha invece trascurato di regolare aspetti importanti della valutazione nella sua dimensione generale. La valutazione come strumento di efficienza per distribuire premi e progressioni, nonché, correlatamente, sanzioni, ovvero per gestire il personale secondo i criteri del merito, si configura come un tassello in cui si articola il sistema di valutazione nel collegamento con il profilo del contratto individuale di lavoro con riguardo, soprattutto, alla disciplina della retribuzione¹⁸, in relazione con le norme dei contratti collettivi, nazionali e

¹⁷ Così MATTARELLA, *op. cit.* Sulla “falsa convinzione (...) per cui l'espletamento di attività di valutazione nelle pubbliche amministrazioni dovrebbe attuare un principio di meritocrazia nella gestione del pubblico impiego, che andrebbe a sua volta tradotto nella determinazione di premi o irrogazione di sanzioni” si rinvia alle osservazioni critiche di D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione “performante”: storia di paradossi in materia di pubblico impiego*, in *RGL*, 2018, I, pp. 491-492.

¹⁸ Per l'analisi di questi aspetti si rinvia in particolare, da ultimo, a: LO FARO, *Premiare stanca. La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, Collective Volumes*, 2019, n. 8, p. 174 ss.; G. RICCI, CUTTONE, *Valutazione e premi*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 808 ss.; MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 370 ss. Per la ricostruzione critica della prassi della valutazione con riguardo in particolare alla disciplina dei contratti collettivi e per la riflessione sui rapporti tra *performance* individuali e *performance* di struttura v. AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Jovene, 2017. Da un diverso profilo disciplinare, tra i molti: RUFFINI, *I sistemi di retribuzione variabile nella pubblica amministrazione tra norma e prassi*, in *RGL*, Quad. n. 4, 2019, p. 133 ss.; MASTROGIUSEPPE, *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e in-*

integrativi, ora tornate rilevanti¹⁹. Un collegamento che peraltro delinea un significativo rapporto tra la regolazione delle differenziazioni premiali e il sistema complessivo della valutazione nei suoi aspetti generali, concernenti la dimensione, strettamente connessa, del contesto organizzativo²⁰.

2. *Le aporie della regolazione precedente la riforma Madia*

Al ruolo ricoperto dal sistema di valutazione nel modello costruito dal legislatore nelle due prime fasi del percorso di riforma (1993-1998) non corrisponde una regolazione adeguata a realizzare il progetto, così come al ruolo attribuito alla dirigenza non si accompagna una disciplina capace di guidare in modo adeguato la “rivoluzione culturale” che si prefigurava. Peraltro l’evolgersi delle vicende politiche e sindacali ma non solo²¹ non hanno consentito di porre rimedio alle lacune e ai limiti di una normativa che scontava il carattere particolarmente innovativo della riforma; e se per la dirigenza il quadro regolativo si complica con l’intervento “in controtendenza” della legge n.145/2002, per quanto riguarda la valutazione i difetti che connotano la disciplina degli

terna, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Il Mulino, 2017, p. 183 ss.

¹⁹ Al riguardo si rinvia a DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, a cura di, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 29 ss.

²⁰ È un nesso che appare evidente se, con riferimento alle tesi sulla configurazione strutturale del contratto di lavoro posto alla base della disciplina del lavoro pubblico e privato, si fa riferimento all’orientamento dottrinale “che assume lo schema concettuale di matrice civilistica preesistente alla legislazione sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico come lo schema ancora attuale per ricavarne i principi necessari ad armonizzare le regole speciali con lo schema concettuale”, ma tenendo altresì conto “della funzione organizzativa, oltre che di scambio, nella quale assumono rilevanza gli interessi che la specifica organizzazione vuole o, per la pubblica amministrazione, deve perseguire”. Ci si riferisce, da ultimo, all’analisi condotta da L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., da cui si traggono importanti spunti di riflessione (e da cui la citazione); per una diversa interpretazione: BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico critico*, Cacucci, 2018.

²¹ Una serie di eventi, che hanno determinato il venir meno del clima di positiva sinergia tra accademici, politici e sindacalisti in cui si era costruita la seconda fase della riforma, le divisioni sindacali, nonché, e in primo luogo, l’omicidio di Massimo D’Antona, hanno impedito di portare a termine, perfezionandolo e completandolo, il progetto iniziale, in particolare con riguardo alla disciplina della dirigenza. Al lascito delle due prime fasi della riforma fanno così seguito una serie di provvedimenti in controtendenza e sovente tra loro contraddittori.

organismi e delle procedure di controllo interno disposta dal d.lgs. 30 luglio 1999 n. 286, giudicata inadeguata e autoreferenziale²², non vengono corretti.

In questo contesto la riforma del 2009 interviene costruendo un quadro regolativo che, mentre si propone di dare rilievo, privilegiando un'ottica aziendalistica, sia al sistema di valutazione, sia alla figura del dirigente, dà luogo a contraddizioni che causano il sostanziale fallimento dell'intero progetto²³. Per quanto concerne il sistema di valutazione, in sintesi può dirsi che la riforma Brunetta dedica ad esso grande attenzione soprattutto quale strumento per distribuire premi e sanzioni, con una procedura particolarmente rigida e complessa, trascurando invece quelli che sono i nodi essenziali e centrali in una visione generale del ruolo che la valutazione dovrebbe ricoprire: sottovaluta le responsabilità del vertice politico, non attribuisce rilievo alla valutazione esterna, si occupa poco e male della valutazione della dirigenza e delle sue responsabilità, sia nell'ottica funzionale, sia in quella patologica²⁴.

La strada scelta dal legislatore del 2009 è quella di garantire il controllo sulle attività tramite l'iper-regolazione²⁵: mentre disciplina in modo 'sovraabondante' il sistema di misurazione e valutazione della *performance*, attribuendogli grande rilievo, anche sul piano mediatico, contemporaneamente ingabbia il dirigente, protagonista principale di quel sistema, togliendogli gran parte dell'autonomia gestionale nelle scelte, condizionate da puntuali indicazioni legislative. In particolare: risolve il problema delle sue (in)capacità negoziali nel confronto con le rappresentanze sindacali ridimensionando fortemente il ruolo del contratto collettivo; regola in modo inadeguato e con-

²² Per una analisi critica del decreto d.lgs. n. 286/1999 sul "Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche", in parte peraltro ancora vigente, v. in particolare, tra gli altri, SANTUCCI, *op. cit.*, sul punto p. 84 ss.

²³ Le analisi critiche della dottrina al riguardo sono troppo numerose per poter essere qui richiamate.

²⁴ Un errore con gravi ripercussioni sull'efficienza del sistema, come molti studi sulla dirigenza pubblica evidenziano.

²⁵ Per questo aspetto si rinvia alle considerazioni svolte in BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. III, sez.VII, Jovene, 2011, pp. 1541 ss. Da ultimo v. l'analisi critica di PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro*, in questa rivista, Quad. n. 2, 2016, p. 107 ss.

fuso la responsabilità dirigenziale, mentre rafforza la responsabilità disciplinare dei dirigenti; utilizza per la dirigenza la retribuzione accessoria in funzione (anche) sanzionatoria. Si tratta di una scelta che, confidando nella capacità dei vincoli legali di conformare effettivamente i comportamenti organizzativi e gestionali dei dirigenti, contraddice il rilievo attribuito alla valutazione, implicitamente ammettendo la sfiducia nella capacità di realizzare un efficiente apparato di verifica.

In altri termini, la riforma Brunetta intende seguire i principi e i modelli delle scienze aziendalistiche nella costruzione del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, prefigurando una figura di dirigente di stampo privatistico, poi delinea una disciplina della dirigenza basata tutta su obblighi puntualmente legificati e su sanzioni, ovvero su un'ottica di mero adempimento che contraddice i principi della gestione manageriale che proclama di adottare²⁶.

Le ripercussioni sono evidenti nel rapporto tra vertice politico e dirigenza, caratterizzato, da un lato, da valutazioni sempre positive, a prescindere da ogni reale verifica sui risultati soprattutto dell'organizzazione di cui il dirigente è responsabile, che garantiscono l'attribuzione della retribuzione di risultato al massimo livello, dall'altro, dal controllo politico sulla scelta dei dirigenti per l'attribuzione degli incarichi, basato più sulla fedeltà che sulle capacità manageriali. Si tratta del sodalizio – da molti denunciato – tra la politica che rinuncia a governare definendo programmi competitivi e la dirigenza che approfitta della situazione di stasi dei sistemi di valutazione per paralizzare i circuiti di responsabilità, non assolvendo ai propri compiti di valutazione dei dipendenti.

In merito alle conseguenze della valutazione negativa della dirigenza sull'attribuzione degli incarichi è significativo il fatto che, stando all'esperienza del Comitato dei Garanti²⁷, non si siano presentate occasioni per esercitare le

²⁶ Per quanto concerne la contraddizione che si registra nella disciplina dei rapporti tra dirigenza e sindacati, si è osservato che “da un lato si continua a chiedere al dirigente di operare come nel privato, dove chi esercita il potere direttivo sceglie in autonomia le modalità attraverso cui perseguire gli obiettivi prefissati, e, dall'altro, gli si nega a priori la possibilità di instaurare rapporti con le organizzazioni sindacali che possano concludersi con un accordo su una pluralità di materie”; e che la riforma Madia non ha risolto il problema. Così SARACINI, *Organizzazione, gestione e valutazione nella riforma Madia*, in *RGL*, Quad. n. 4, 2019, p. 32.

²⁷ Così si legge nel testo depositato dal Presidente del Comitato dei Garanti, Vittorio Zambrano, e condiviso dai componenti del Comitato, a supporto dell'audizione, nell'ottobre 2014, sul d.d.l. n. 1577 da cui deriverà la legge delega 124/2015.

funzioni con riguardo all'attivazione di procedimenti di responsabilità dirigenziale. Peraltro, dalle non numerose sentenze in materia emergono gravi responsabilità dei vertici politici con riguardo alla definizione degli obiettivi, sovente tardiva²⁸ e inadeguata, nonché il rapporto problematico tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare, conseguenza della inidonea regolamentazione contenuta nell'art. 21 del d.lgs. 165/2001.

In sintesi, si osserva come la riforma del 2009 non presti attenzione adeguata alla regolazione dei soggetti della valutazione, e in particolare alla garanzia di indipendenza e competenza dei valutatori, alla valutazione della dirigenza, al legame tra la valutazione individuale e quella dell'organizzazione che fa capo al dirigente, ai compiti e alla responsabilità dei vertici politici. Si tratta di profili di criticità che depotenziano il ruolo ricoperto dalla dirigenza, resa debole e condizionata dalla politica come conseguenza di un sistema regolativo che riduce la sua autonomia e responsabilità e di un sistema di valutazione che non considera il rilievo della qualità e della tempestività dell'elaborazione degli obiettivi e delle direttive, ovvero della responsabilità dei vertici politici. Mentre nella legislazione del 1993-1998 la valutazione aveva una funzione importante, ma una insufficiente regolamentazione, con la riforma del 2009 la sua regolazione diviene sovrabbondante, ma tale da far perdere al sistema, nella dimensione applicativa, il ruolo centrale che dovrebbe ricoprire, riducendolo a meri complessi di adempimenti di stampo burocratico: si controlla l'adempimento, non la qualità effettiva degli obiettivi, della *performance*, dei valutatori, ci si preoccupa del se, non del come²⁹.

3. *Le modifiche introdotte dalla riforma del 2017*

Considerate le criticità delle scelte regolative effettuate dal legislatore del 2009 in materia di valutazione, nonché i risultati insoddisfacenti prodotti,

²⁸ V. Cass. 12 aprile 2017 n. 9392, e il commento MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione*, in questa rivista, 2019, p. 103 ss.

²⁹ Cfr. DELLA ROCCA, PONZELLINI, *I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?*, in questa rivista, 2018, p. 165 ss. Per questi motivi i propositi sono rimasti a livello di annuncio: gli insuccessi della riforma non possono infatti essere attribuiti per intero al blocco della contrattazione collettiva che ha ostacolato l'applicazione delle regole sulla valutazione ai fini del riconoscimento economico (v. d.lgs. 141/2011), perché queste non potevano incidere in modo determinante sul funzionamento del sistema complessivo.

la riflessione sulla riforma Madia – che si poneva l’obiettivo non di riscrivere o stravolgere l’assetto vigente, ma solo di migliorarlo con modifiche e integrazioni – non può che incentrarsi sulla risposta alla domanda se essa offra soluzioni appaganti rispetto alle esigenze e alle aspettative.

In premessa va ricordato come il d.lgs. 74/2017, che attua la delega per la riforma del sistema di valutazione di cui all’art. 17, co. 1, lett. r) L. 124/2015, intervenga in un contesto normativo già modificato da provvedimenti legislativi che non hanno migliorato la situazione³⁰, determinando complicazioni e sovrapposizioni (v. le disposizioni in materia di trasparenza e di anticorruzione), difficoltà di coordinamento (v. il rapporto con il sistema del bilancio), accentuazione della centralizzazione e dell’ingerenza politica (v. l’attribuzione del ruolo di supervisore in materia di valutazione al Dipartimento della Funzione pubblica)³¹. Da registrare positivamente è invece la riapertura del dialogo con le organizzazioni sindacali, che porta all’intesa governo-sindacati sul lavoro pubblico del 30 novembre 2016, avente ad oggetto anche temi riguardanti il sistema di valutazione; e la sentenza della Corte Costituzionale n. 178/2015, riaprendo le porte alla contrattazione collettiva, dà concreto spazio di intervento alla ricostruzione di un nuovo rapporto legge-contratto collettivo, delineato poi dal legislatore delegato nel 2017.

Per quanto concerne il merito della riforma del sistema di valutazione, occorre innanzitutto evidenziare come già le scelte compiute nella legge delega avessero suscitato perplessità; è parsa in particolare discutibile la decisione di espungere le direttive sulla valutazione della dirigenza dalla disposizione di delega a questa relativa (art. 11 l. 124/2015), inserendo tutte le prescrizioni “in materia di valutazione dei dipendenti pubblici”, senza alcuna differenziazione, nella disposizione contenuta al co. 1, lett. r) dell’art. 17, ove si tracciano le linee guida per il riordino del lavoro alle dipendenze della PA. Non si tiene dunque conto del fatto che la valutazione della dirigenza richiede una disciplina specifica: così vengono a mancare direttive importanti per la soluzione di criticità emerse in particolare nelle correlazioni con la sfera politica³². Ne consegue peraltro che i limiti del sistema di valutazione per questi

³⁰ Per l’analisi critica di tali interventi normativi v. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 97 ss. In particolare sui compiti attribuiti e svolti dal Dipartimento della funzione pubblica v. AVIO, *op. cit.*, pp. 54-55.

³¹ Dal d.l. 24.6.2014 n. 90 (conv. in l. 114/2014), art. 19, co. 9 e 10, scaturisce il d.P.R. 9.5.2016 n. 105 che regola il ruolo del Dipartimento della Funzione pubblica e disciplina *ex novo* gli OIV, rinviando poi al decreto delegato. Si noti che il d.P.R. esce dopo l’emanazione della legge delega 124/2015, la quale richiama alcuni degli obiettivi della legge 114/2014.

³² Per questa critica si rinvia a BORGOGELLI, *La fatica di sisifo: la ricerca delle regole sulla va-*

aspetti non possano ora essere ricondotti alla mancata attuazione della delega sulla dirigenza, conseguente all'intervento censorio della Corte Costituzionale sulla legge delega (Corte Cost. 25 novembre 2016 n.25).

Venendo ai contenuti della vigente regolazione della materia dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 74/2017, qui si intendono mettere in evidenza alcuni limiti – in termini di contraddizioni e lacune – che conducono ad affermare l'inadeguatezza anche di questa ultima riforma, in rapporto alle esigenze che si erano prospettate, facendo riferimento ai rilievi critici contenuti nelle numerose, puntuali analisi esegetiche, di carattere interdisciplinare³³.

Sul piano generale si osserva come non venga sciolto il nodo critico

lutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica, in RGL, 2015, I, p.538 ss.V., il rilievo delle conseguenti difficoltà di coordinamento, Cons.St., parere n. 2113/2016. Sulla riforma mancata, con riguardo anche ai legami con la valutazione: SANTUCCI, *op. cit.*, p. 65 ss., NICOSIA, *Valutazione e responsabilità dei dirigenti pubblici: le norme interrotte e l'attesa del legislatore che verrà*, in LPA, 2016, p. 113 ss., BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in LPA, 2017, p. 46 ss., D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, 2017, p. 441 ss., A. ZOPPOLI, *op. cit.*, BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in RGL, Quad. n. 4, 2019, p. 39 ss.

³³ Per un'indicazione che non può essere esaustiva, si fa riferimento a: D'ALTERIO, *La valutazione delle performances nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi ancora da sciogliere*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective Volumes*, 2019, n. 9, p. 157 ss.; EAD., *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, cit., p. 486 ss.; EAD., *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in GDA, 2017, p. 570 ss.); D'AURIA, *La valutazione del personale*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, F. Angeli, 2019, 123 ss.; D'ARCANGELO, *La valutazione del dipendente*, CASILLO, *La valutazione del personale non dirigente*, MONDA, *La valutazione del personale dirigente*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, risp. p. 762 ss., p. 778 ss., p. 792 ss.; MONDA, *La valutazione delle performance*, cit.; GABRIELE, *La misurazione e la valutazione della performance nelle PA tra snodi irrisolti e incoerenze del sistema*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la "Riforma Madia"*, Cedam, 2018, p.127 ss.; LAFORGIA, *La valutazione della performance*, in AA.VV., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018; LOVO, *La valutazione dei dipendenti pubblici: novità della "Riforma Madia" e questioni aperte*, in LPA, 2018, p. 111 ss.; AVIO, *op. cit.* Da altri profili disciplinari v.: VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in RGL, Quad. n. 4, 2019, p. 77 ss.; RUFFINI, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009*, in BIANCO, BOSCATI, RUFFINI (a cura di), *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Maggioli, 2017, p. 159 ss.; MASTROGIUSEPPE, *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e interna*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, 2017, p.183 ss.; DELLA ROCCA, PONZELLINI, *op. cit.*

del coordinamento tra il ciclo della programmazione del bilancio e il ciclo della *performance*: vengono fatti alcuni passi avanti, ma ritenuti insufficienti³⁴. Se è infatti positiva la maggiore attenzione alla dinamica temporale e al collegamento con gli organi di controllo interno, continua a non trovare soluzione adeguata il problema “dell’assenza di sinergia, pur predicata dalle norme, tra ciclo della performance e ciclo del bilancio”, che ha generato “moltiplicazione e duplicazione degli adempimenti”³⁵: la prevista progressiva integrazione del ciclo della performance e del ciclo di programmazione economico finanziaria non può dirsi realizzata in modo soddisfacente.

Per quanto concerne gli obiettivi, è positiva l’introduzione di una divisione tra obiettivi generali e obiettivi specifici³⁶, ma si resta su un piano di astratta genericità: infatti, nella previsione di nuove tipologie di obiettivi, per quelli generali si registra una eccessiva complessità, per quelli specifici propri di ogni singola amministrazione si ribadiscono regole che la prassi ha dimostrato non funzionali³⁷. In particolare, per quanto concerne la nuova disciplina degli obiettivi generali, a cui devono adeguarsi le singole PA nel definire gli obiettivi specifici, si apprezza l’attribuzione di maggiore forza e rilievo all’attività di indirizzo a livello nazionale, ma si pongono problemi di attuazione e di coordinamento non semplici da risolvere. Infatti, all’attenzione posta sull’efficacia dei programmi di intervento rispetto ai bisogni della collettività da soddisfare non si accompagna una adeguata consapevolezza delle complessità derivanti dal livello multidimensionale e dalle specificità tecniche richieste: restano dunque le difficoltà del passato nel prospettare pratiche chiare, comprensibili e comparabili³⁸.

Per quanto concerne i soggetti della valutazione³⁹ novità importanti sono introdotte con riguardo agli Organismi interni di valutazione (OIV), rafforzandone e ampliandone compiti e poteri (art. 14, co. 4, *4bis*, *4ter*, d.lgs.

³⁴ Si rinvia in particolare all’analisi e ai rilievi critici di D’AURIA, *op. cit.*, *passim*; v. altresì RUFFINI, *op. cit.*, p. 159 ss.

³⁵ Così D’AURIA, *op. cit.*, p. 127.

³⁶ V. il nuovo art. 5, co.1, d.lgs. 150/2009, da leggere in collegamento con l’art. 8, d.lgs. 150/2009.

³⁷ V. in particolare RUFFINI, *op. cit.*, pp. 154/155.

³⁸ V. RUFFINI, *ibidem*.

³⁹ Per una puntuale analisi critica si rinvia in particolare a NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 329 ss.

150/2009)⁴⁰. Si confermano altresì nella sostanza le nuove regole sulla procedura per la loro nomina introdotte dall'art.6, d.P.R. 105/2016, in attuazione del d.l. 90/2014 n. (conv. in l. 114/2014). Anche in questo caso peraltro si devono rilevare aspetti critici significativi.

Gli OIV acquisiscono un ruolo cardine nella gestione dei processi valutativi: hanno ora incisivi poteri di proposta e di controllo, nonché nuovi compiti di responsabilità, accompagnati da strumenti di accesso e ispettivi. In particolare è significativa l'attribuzione della titolarità del monitoraggio della *performance*, prima in capo agli organi di indirizzo⁴¹: si è osservato come il fatto che la validazione dei piani della *performance* e il controllo sulla loro applicazione fossero attribuiti all'autorità politica determinasse tra politici e dirigenti una reciproca convenienza ad attestare la migliore *performance*, i primi per apparire efficienti, i secondi per avere i benefici economici per sé e per i dipendenti, garantendosi così anche buone relazioni sindacali. È dunque un cambiamento rilevante, perché il mutamento del soggetto titolare dell'attività di monitoraggio dà coerenza logica allo svolgimento del ciclo della *performance*: sono gli OIV il cardine intorno cui ruota l'intero sistema. Si è osservato altresì come ne consegua un cambiamento anche della natura del monitoraggio, "perché da strumento di controllo gestionale passa a strumento di controllo esterno e di valutazione e rendicontazione all'esterno"⁴². Infatti in precedenza il sistema di misurazione e valutazione era uno specifico provvedimento organizzativo della PA, rispetto al quale gli OIV avevano solo l'obbligo di verificarne il concreto rispetto, ora invece devono dare parere vincolante per l'adozione e l'aggiornamento del sistema, con netto incremento di poteri e autonomia al fine di favorire lo sviluppo del sistema più adeguato per la PA⁴³.

Si registrano però anche note critiche rispetto alle conseguenze di questa novità. Si osserva come le scelte del legislatore "che attribuiscono all'OIV

⁴⁰ Per la ricostruzione e l'analisi della nuova disciplina degli OIV v. in particolare: GABRIELE, *op. cit.*, p. 131 ss.; LOVO, *op. cit.*, p. 111 ss.; RUFFINI, *op. cit.*, p. 155 ss.; D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 768 ss.

⁴¹ RUFFINI, *op. cit.*, p. 155 sottolinea la rilevanza del cambiamento, perché il mutamento del soggetto titolare dell'attività di monitoraggio – dagli organi di indirizzo agli OIV – dà coerenza logica allo svolgimento del ciclo della *performance*, essendo loro il cardine intorno cui ruota l'intero sistema.

⁴² Così RUFFINI, *op. cit.*, p. 155: ai sensi dell'art. 14, c. 4, lett. c) l'attività di monitoraggio esercitata dagli OIV dovrà essere la base di riferimento anche per la validazione della relazione sulla *performance* che dovrà essere facilmente leggibile e pubblicata nel sito dell'ente.

⁴³ RUFFINI, *op. cit.*, p. 157.

compiti prima spettanti all'organo politico non aprano scenari di particolare virtù sistemico/organizzativa, posto che deresponsabilizzano i vertici delle amministrazioni rispetto all'importante attività di programmazione e definizione delle traiettorie di sviluppo da assegnare agli apparati di appartenenza"⁴⁴. Si rileva altresì che "la norma attribuisce oggi all'OIV il compito di un monitoraggio 'anfibo' – metà controllo e metà promozione para-politica degli obiettivi e degli strumenti per raggiungerli – con la possibilità di un'ingerenza nel potere di indirizzo proprio degli organi politici, e con il rischio di una non auspicabile commistione tra soggetti e funzioni"⁴⁵.

Un limite grave comunque inficia queste innovazioni: la mancanza di autonomia degli OIV, oltre che alla garanzia della loro effettiva competenza. La scelta degli OIV, per quanto ora avvenga tra i componenti di un "Elenco nazionale", continua a dipendere dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, il che non assicura ancora pienamente l'indipendenza e dunque l'imparziale esercizio delle funzioni. Il fatto che si assegnino loro compiti prima attribuiti al vertice politico non basta a garantire la terzietà del sistema di valutazione, se il potere della loro nomina è attribuito al medesimo vertice politico, poiché il meccanismo di controllo e di condizionamento degli OIV potrebbe così configurarsi solo più indiretto e meno trasparente. Ad esempio, è previsto il parere dell'OIV sul sistema di valutazione, ma se l'organo politico che adotta tale sistema ha nominato l'OIV il giudizio di questo potrebbe esserne condizionato: non viene assicurata l'indipendenza del controllore.

La questione dell'autonomia e indipendenza dei valutatori è tuttavia assai complessa⁴⁶, intrecciandosi altresì con quella della loro competenza, anch'essa di non facile soluzione. Nel disegno di legge che ha dato origine alla delega (A.S. n. 1577/2014) era affermato il principio della garanzia dell'autonomia dei valutatori, espunto poi nel corso dei lavori parlamentari, lasciando mano libera al legislatore delegato. Peraltro la laconicità del criterio non dava indicazioni né su come si intendesse garantire l'indipendenza degli OIV, né sulle possibili ripercussioni sul sistema di una nomina dall'esterno⁴⁷. Il tema si lega con quello della competenza, perché la complessità dei compiti richiede una

⁴⁴ Così NICOSIA, *I soggetti della valutazione*, cit., p. 335.

⁴⁵ Così LAFORGIA, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁶ Gli OIV dovrebbero essere indipendenti, ma non alieni rispetto ai contesti: v. in particolare le riflessioni di VECCHI e LOVO.

⁴⁷ Per i commenti al riguardo v. BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo*, cit., p. 540 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

particolare ed elevata professionalità, ma anche la conoscenza della realtà in cui si opera in modo così penetrante e incisivo: ovvero è necessario superare le situazioni, che sovente si presentano, “in cui gli OIV si caratterizzano per essere alieni alle organizzazioni, oppure per una condizione di subalternità ai contesti”⁴⁸. Considerando complessivamente le competenze acquisite dagli OIV nella vigente disciplina, certamente è necessario che essi “siano in grado di sviluppare una forte interazione con il contesto interno per limitare le asimmetrie informative, stimolando nello stesso tempo il confronto con l'esterno e la ricerca di buone pratiche: una sorta di ‘intelligence’ del ciclo della performance per stimolare un uso appropriato di questa tecnica”⁴⁹. Tuttavia i criteri per l'iscrizione all'Elenco nazionale degli OIV, condizione necessaria per poter partecipare alle procedure comparative di nomina, definiti nel decreto del 2 dicembre 2016⁵⁰, non sembrano garantire pienamente esiti soddisfacenti in termini di competenza, anche perché attribuiscono un peso preponderante all'esperienza pregressa come valutatori, la quale, come molte ricerche hanno evidenziato, non è risultata sempre soddisfacente.

Peraltro è l'indipendenza di tutto il sistema a non essere garantita, poiché la sua regia complessiva è affidata al Dipartimento della Funzione pubblica: viene infatti confermato il passaggio a questo dei compiti inizialmente attribuiti alla CIVIT, e successivamente all'ANAC, disposto dalla l. 114/2014 e attuato dal d.P.R. 105/2016. Sono evidenti le conseguenze sulla configurazione del processo di valutazione del fatto che al vertice del sistema e di tutte le sue ramificazioni sia collocato un regista non certo indipendente. Infatti, non solo il coordinamento degli OIV fa capo alla Funzione pubblica, ma tutti i percorsi di misurazione e valutazione devono essere coerenti con gli indirizzi tecnico-metodologici che darà il Dipartimento della Funzione pubblica, al quale spettano poteri di raccordo e sovradirezione che connotano il sistema in senso centralistico, sollevando anche problemi di coordinamento con gli enti dotati di autonomia, e non consentono di tener conto delle specificità delle diverse PA⁵¹.

⁴⁸ VECCHI, *op. cit.*, p. 85, afferma che è “insufficiente e addirittura controproducente l'enfasi sulla valutazione intesa come accentuazione del controllo esterno, che tende nella sostanza a influenzare comportamenti tipici di una «burocrazia difensiva».

⁴⁹ VECCHI, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ Firmato dalla ministra Marianna Madia e pubblicato in G.U. n. 14 del 18 gennaio 2017.

⁵¹ Per la riflessione sull'indipendenza del sistema di valutazione v. NICOSIA, *I soggetti della valutazione*, cit., p. 3 48 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Per quanto concerne i dirigenti, come già previsto nella prima versione del d.lgs. 150/2009 essi sono indicati tra i soggetti a cui compete la funzione di valutazione della *performance* (art. 12 d.lgs. 150/2009): la novità riguarda la specificazione che la loro funzione si svolge in particolare nella valutazione della *performance* organizzativa e di quella individuale, mentre in precedenza c'era un mero generico richiamo ai compiti del dirigente ai sensi del d.lgs. 165/2001. Continua peraltro a non essere del tutto chiaro il procedimento di valutazione dei dirigenti non apicali; infatti, se per la dirigenza apicale si conferma il compito dell'OIV di proporre all'organo di indirizzo politico la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione dei premi, per l'altra dirigenza si tace. È certamente da presumere sia compito della dirigenza di vertice, ma è significativo che questo aspetto non venga regolato.

Certamente importante è il nuovo rilievo attribuito per i dirigenti alla valutazione dei comportamenti organizzativi⁵²: è da apprezzare che si crei un nesso tra valutazione individuale e organizzativa, evitando così che vi sia una valutazione individuale positiva del dirigente a fronte di una valutazione negativa della struttura organizzativa che a lui fa capo, come sinora è accaduto. Più in generale, si registra come una positiva novità il riconoscimento dell'importanza della dimensione organizzativa⁵³, anche se non sempre il legislatore sembra governare in modo consapevole e appropriato le molteplici implicazioni dell'inserimento di questo profilo nel sistema di valutazione. Non è peraltro qui possibile condurre un'analisi puntuale delle singole nuove disposizioni e dei problemi interpretativi che pongono; in particolare, per quanto concerne il rapporto tra *performance* individuale e organizzativa nella valutazione dei risultati interni ed esterni⁵⁴, oppure nell'interazione con il contratto di lavoro del dirigente, anche in ragione di alcune novità importanti, ma discutibili, nella delimitazione dei confini⁵⁵.

⁵² V. in particolare le modifiche introdotte all'art. 9, d.lgs. 150/2009. Sulla misurazione e valutazione della *performance* organizzativa v. le "Linee guida per la Relazione annuale sulla *performance*" emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica, Ufficio per la valutazione della *performance*, spec. pp. 9 e 10.

⁵³ Da tempo messa in rilievo e analizzata nelle sue complesse implicazioni dalla dottrina: v. A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Editoriale scientifica, 2000. Con riguardo specifico alla valutazione v.: MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappicheli, 2016; AVIO, *op. cit.*

⁵⁴ V. in particolare MONDA, *La valutazione del personale dirigente*, cit., p. 793 ss.

⁵⁵ Per la riflessione critica sulla peculiare novità introdotta – ma per i soli dirigenti apicali individuati dall'art. 19, co. 3 e 4, d.lgs. 165/2001 – dal nuovo co. 1bis dell'art. 9, d.lgs. n. 150/2009,

Profili problematici si riscontrano anche con riguardo al sistema sanzionatorio. Le conseguenze dell'omessa o ritardata adozione del Piano triennale e della Relazione annuale della *performance* sono disciplinate con modalità che conducono a punire solo i dirigenti anche nel caso in cui l'omissione o l'inerzia sia da imputare all'organo di indirizzo politico-amministrativo. È ciò che sembra doversi dedurre dalle modifiche introdotte dall'art. 8, co. 1, lett.e) d.lgs. 74/2017 all'art. 10, co. 5, d.lgs.150/200. Se la prima parte della disposizione – ove si vieta l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultino aver concorso alla mancata adozione del Piano della *performance* per omissione e inerzia nell'adempimento dei propri compiti, mentre all'amministrazione si vieta di assumere e conferire incarichi di consulenza o collaborazione – resta eguale, la seconda parte, aggiunta dal d.lgs.74, regola le conseguenze della mancata adozione del Piano o della Relazione dipendente da omissione o inerzia dell'organo di indirizzo politico amministrativo con modalità che suscitano molte perplessità. Si afferma infatti che in tal caso l'erogazione dei trattamenti e delle premialità di cui al Titolo III è fonte di responsabilità amministrativa del titolare dell'organo che ne ha dato disposizione e che ha concorso alla mancata adozione del Piano: poiché i premi li erogano i dirigenti, sembrano puniti solo loro e non i politici, e dunque resta l'irresponsabilità della politica⁵⁶.

Per la dirigenza si deve altresì considerare il dettato del comma *5bis* dell'art. 3, d.lgs. 150/2009, introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. c), d.lgs. 74/2017: la valutazione negativa, disciplinata nell'ambito del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, rileva (anche) ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale. Questa disposizione potrebbe configurarsi come una (ragionevole) estensione degli esiti del procedimento di valutazione per l'accertamento di tutte le fattispecie di responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 d.lgs. 165/01, ma il d.lgs. 75/2017 non ha modificato tale disposizione nella parte in cui sembra riferire le risultanze del sistema di valutazione solo alla responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi.

Certamente una novità positiva e importante è la previsione della partecipazione della collettività alle attività di valutazione (art.19*bis*, nonché art.8, co.1, lett. e), art. 14, co. 4 *bis*). In precedenza i piani della *performance* e gli indi-

che implica una riconsiderazione del ruolo del contratto individuale nella definizione degli obiettivi v. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione*, cit.

⁵⁶ Per le perplessità espresse dalla dottrina si rinvia alle analisi di D' ALTERIO; v. altresì GABRIELE, *op. cit.*

catori riguardavano solo i processi lavorativi e amministrativi interni, senza dare rilievo alla quantità e qualità dei risultati, ovvero al prodotto “esterno”; ora invece i cittadini, anche in forma associata, nonché – e anche questa è una novità significativa – gli utenti interni alle amministrazioni, acquisiscono un diritto di partecipazione al processo di misurazione della *performance* organizzativa. Si attende di verificare la traduzione in concreto delle disposizioni in materia e dunque il giudizio resta sospeso, perché molto dipenderà dalle modalità di attuazione⁵⁷; peraltro, se da un lato c’è il timore che tutto si risolva in meri adempimenti burocratici, dall’altro lato particolare attenzione va rivolta alla “valutazione partecipativa”, ora oggetto delle “Linee guida sulla valutazione partecipativa nelle amministrazioni pubbliche” emanate dal Dipartimento della Funzione pubblica (n. 4, novembre 2019), per sue implicazioni, quale parte costitutiva del procedimento di valutazione della *performance* organizzativa o di ente, ma anche per i rischi di strumentalizzazione dei dati⁵⁸.

Anche per quanto concerne l’importanza del ruolo della contrattazione collettiva, ora (nuovamente) riconosciuta dal d.lgs. 75/2017, per quanto riguarda il personale non dirigente il giudizio positivo della modifica alla riforma Brunetta attende la conferma dell’implementazione, considerata la cautela dimostrata nei rinnovi dei contratti collettivi nel 2018⁵⁹. Ciò può dirsi altresì per quanto riguarda i contratti collettivi della dirigenza al momento sottoscritti, ovvero⁶⁰ per l’ipotesi di CCNL relativo all’area Funzioni centrali per il triennio 2016–2018, siglata il 9 ottobre 2019: sono oggetto di confronto (art. 5) i criteri dei sistemi di valutazione della *performance* dei dirigenti, oltre che le procedure e i criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali con riferimento ai risultati conseguiti in precedenza e alla relativa valutazione

⁵⁷ Sul punto v. in particolare BALDASSARRE, *Customer Satisfaction e riforme del lavoro pubblico*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 356 ss. Peraltro si è rilevato come la *customer satisfaction*, per quanto “un po’ alleggerita rispetto alla stagione delle carte di servizio” appaia “configurata come un adempimento burocratico”: L. ZOPPOLI, *Perché una quarta riforma*, cit., p. 13.

⁵⁸ V. D’ALESSIO, L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi della legge n. 124*, in www.astridonline.it, 27 marzo 2017.

⁵⁹ V. in particolare: DELFINO, *op. cit.*; BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia. I rinnovi contrattuali*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la “Riforma Madia”*, Cedam, 2018, p. 157 ss.

⁶⁰ Non si prende qui in esame la puntuale regolazione della valutazione della dirigenza contenuta nel CCNL dell’area sanità siglato il 24 luglio 2019, considerate le peculiarità delle fonti regolative del settore.

di *performance* individuale (art. 41). Per quanto concerne la differenziazione della retribuzione di risultato, “la cui finalità è la remunerazione della *performance* individuale”, questa sarà attribuita sulla base dei diversi livelli di valutazione conseguiti da dirigenti e professionisti, fermo restando che la sua erogazione può avvenire, *ex lege*, solo previo conseguimento di una valutazione positiva (art. 27).

In sintesi, nel d.lgs. 74/2017 si riscontrano alcune positive modifiche e integrazioni della disciplina previgente; in specie il rafforzamento degli OIV, il maggior peso attribuito alla *performance* organizzativa per valutare i dirigenti, l’attenzione per la qualità dei servizi, il ruolo riconosciuto nuovamente alla contrattazione collettiva. Tuttavia, anche dopo l’intervento del d.lgs. n. 74 continua a riscontrarsi in negativo: il permanere del carattere di iperegolazione; l’assenza di una definizione di responsabilità per inidonea, tardiva formulazione di obiettivi e indicatori, ovvero di responsabilizzazione dei vertici politici nel processo di programmazione e di valutazione; una disciplina della valutazione della dirigenza inadeguata a sostenerne professionalità e autonomia rispetto al vertice politico; l’insufficiente rilievo attribuito alla valutazione esterna; la non garantita terzietà e competenza dei valutatori, nonché l’attribuzione della regia del sistema a un organo non imparziale quale la Funzione pubblica.

Se ci si rapporta alla riflessione svolta sul processo di misurazione e valutazione della *performance*, che ha dato rilievo centrale alla finalità ‘generale’ di verificare e garantire che il sistema complessivo risponda ai parametri di cui all’art. 97 Cost., coinvolgendo nel controllo sia la sfera politica sia l’apparato amministrativo, non sembra affatto che le esigenze di riforma, rilevate dalla dottrina ed evidenziate nella prassi applicativa, siano state soddisfatte. Si è detto che se per la dirigenza si dovrebbe trattare di verificare la qualità della gestione delle risorse strumentali e umane secondo gli indirizzi e gli obiettivi politico-strategici dettati dal vertice politico, per valutare le scelte di gestione e di spesa e far valere le responsabilità, è tuttavia determinante anche il controllo sul vertice politico, al fine di garantire che questo, nel formulare gli indirizzi e gli obiettivi sull’uso delle risorse, sia vincolato al rispetto di metodi e parametri oggettivi. Infatti solo così è possibile poi verificare correttamente l’attuazione degli indirizzi impartiti dai vertici politici e far valere le responsabilità dei dirigenti, a partire dagli apicali, e di seguito dei non dirigenti. Si è rilevata altresì l’importanza del ruolo che in tale processo ricopre il controllo esterno sul sistema da parte di soggetti indipendenti,

quale “sostituto del mercato”. Non sembra si possa dire che questo modello regolativo sia ora, neppure dopo la riforma Madia, attuato.

Se dunque, pur registrando aspetti positivi, il bilancio non è soddisfacente, occorre chiedersi se può essere sufficiente un mero ulteriore intervento di modifiche e integrazioni, come sembra(va) prefigurare anche il disegno di legge Bongiorno, oppure se sia necessario compiere scelte più radicali.

4. Osservazioni sul futuro

La quinta riforma del lavoro pubblico, prospettata dal disegno delega n.1122 presentato in Senato nel marzo 2019, è stata fermata dal cambio di Governo e maggioranza. Poiché al momento non risultano nuove iniziative al riguardo, ci si limita a qualche osservazione generale sul metodo di intervento sotteso al disegno di legge Bongiorno con riferimento alla “Delega per favorire il merito e la premialità” (art. 3), la quale appare significativa – in negativo a parere di chi scrive – sia per la continuità in un approccio regolativo criticabile, sia per la conferma di lacune e confusioni a cui si aggiunge qualche discutibile novità.

Innanzitutto, si intende continuare nell’introduzione di disposizioni che sostituiscono quelle vigenti con norme analoghe, creando complicazioni e sovrapposizioni, anziché preoccuparsi dell’attuazione di quelle esistenti. Si veda ad esempio la direttiva per il coinvolgimento degli utenti (art. 3, co. 2, lett. a) e a) 2, d.d.l. n. 1122), già previsto dall’art. 19 *bis*, d.lgs. 150/2009, relativo alla “Partecipazione dei cittadini e degli altri utenti finali” (introdotto dall’art.13, d.lgs. 74/2017): il problema ora dovrebbe essere non il se, ma il come. Alcune inutili ripetizioni si riscontrano anche con riferimento agli obblighi di informazione e alle conseguenze della non adeguata e non corretta gestione del ciclo della *performance*. Ancora, la previsione dell’istituzione di un “Sistema nazionale di valutazione della performance”, coordinato dal Dipartimento della Funzione pubblica, al fine di individuare e condividere “buone pratiche in materia di gestione del ciclo della performance” (art. 3, co. 2, lett. a) 1), rischia di determinare una inutile duplicazione con la “Rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche” di cui all’art.7, d.P.R. n. 105/2016⁶¹.

⁶¹ Tali critiche, condivisibili, in D’ALTERIO, *La valutazione delle performances nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 170.

Alcune novità suscitano interrogativi e perplessità. Così può dirsi per la direttiva (art. 3, co. 2 lett. a) 3) in ordine all'utilizzo di soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione, in possesso di una comprovata competenza in materia di organizzazione amministrativa e gestione delle risorse umane, con funzioni di supporto: nel processo di elaborazione degli obiettivi sia dell'amministrazione sia dei dirigenti, per verificarne qualità, coerenza e significatività; nella fase di accertamento del loro conseguimento; nella valutazione delle competenze del personale, dirigenziale e non; nella valutazione dell'efficienza/efficacia/economicità dell'azione e dell'organizzazione. Oltre a chiedersi chi possano essere tali soggetti, si è osservato come "diventerebbe molto difficile poter prevenire possibili conflitti di interesse e forme di interferenza politica. Il rischio di un 'mercato della valutazione' è, altresì, evidente". Si aggiungono dubbi di costituzionalità sull'ipotesi di esternalizzazione – in base a procedure ad evidenza pubblica – di funzioni di indirizzo strategico e di controllo gestionale⁶².

Più in generale, si persevera nell'errore di non differenziare adeguatamente nel sistema di valutazione la posizione del dirigente rispetto a quella del personale, come accade anche con riferimento al sistema sanzionatorio. È del resto significativo che nell'indicare le finalità della delega (art.3, co.1) ci si riferisca al "riconoscimento e valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici rispetto al contributo prestato, anche in funzione del conferimento, rinnovo e revoca degli incarichi dirigenziali, nonché dell'individuazione di specifici sviluppi di carriera del personale dirigenziale e non", senza tener conto del fatto che la valutazione dei dirigenti ai fini dell'attribuzione dell'incarico non è una mera questione di riconoscimento e valorizzazione del merito, a fini retributivi e di carriera, ma assume una valenza ben diversa, riguardando la capacità del raggiungimento degli obiettivi e quindi la *governance* delle PA.

Nessuna indicazione positiva per il futuro può dunque trarsi da quel disegno di legge al fine di superare le contraddizioni che caratterizzano l'attuale complessivo sistema regolativo. Questo è il risultato di un processo di innovazione che intendeva trasformare il dirigente burocrate del regime pubblicistico in un dirigente *manager* capace di utilizzare, al fine di una gestione efficiente, i poteri del privato datore di lavoro che gli venivano attribuiti; e che ha fallito l'obiettivo anche perché, in particolare a partire dalla riforma

⁶² D'ALTERIO, *ibidem*.

del 2009, lo ha perseguito introducendo un numero abnorme di norme che regolamentano puntualmente l'esercizio di quel potere, con un abbondante corredo di sanzioni, e lo sommergono di controlli prevalentemente di stampo formale. Ottenendo il paradossale risultato di favorire la sopravvivenza e persino il rafforzamento del vecchio modello burocratico⁶³, nonché di consentire di prospettare, a mio avviso erroneamente, una ripubblicizzazione⁶⁴. La dottrina ha criticato la iper-regolazione legislativa e la trasformazione della valutazione in una poco utile montagna di carte, ma il legislatore ha continuato per quella strada: il 'modello Brunetta' non è stato modificato, ma solo corretto in qualche parte, spesso in modo insufficiente o inadeguato, e talvolta peggiorato⁶⁵, mentre le novità positive, quali in particolare il riconoscimento del ruolo sia della dimensione organizzativa sia della valutazione esterna, non sono accompagnate da una disciplina consapevole della complessità e delle implicazioni sistematiche e applicative.

È vero, in generale, che "scelte tendenzialmente di carattere conservativo rispetto alla normativa precedente mantenendo l'impianto preesistente totalmente valido ed anzi rafforzando con qualche innesco di elementi di novità (...) appaiono apprezzabili in quanto permettono alle amministrazioni di procedere senza soluzione di continuità nei loro processi di apprendimento interni sul tema della valutazione della performance e sui relativi processi di cambiamento organizzativo"⁶⁶. Tuttavia, poiché le correzioni e integrazioni non hanno sin qui condotto ai miglioramenti auspicati e promessi, si ritiene che non sia più opportuno seguire tale via, bensì sia necessario cambiare strada in modo più radicale, ritornando a ripensare le modalità più adeguate per attuare il modello originario della riforma, ricordato nell'introduzione

⁶³ V. al riguardo, tra i molti, le analisi di RUFFINI, *op. cit.*

⁶⁴ Così una parte della dottrina amministrativista. V. in particolare: MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, p. 34 ss.; GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, spec. p. 286 ss.; BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un riequilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *GDA*, 2010, p. 479. Hanno negato una ripubblicizzazione: D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, pp. 5-6; CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGLi*, 2010, I, p. 477 ss.; D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, a cura di GENTILE, Ediesse, 2010, p. 19.

⁶⁵ Non si è potuta attuare la modifica della disciplina della dirigenza, che peraltro si prospettava in termini discutibili (anche) nella disciplina degli incarichi e delle responsabilità, ma si è continuato a introdurre sanzioni di ogni tipo per i dirigenti.

⁶⁶ Così RUFFINI, *op. cit.*, p. 147.

a queste riflessioni, a partire dalla disciplina della dirigenza e della sua valutazione, in stretta correlazione. Elaborando finalmente in modo adeguato le differenziazioni imposte dalle “specialità” del lavoro pubblico⁶⁷.

Mario Rusciano ha anche di recente ribadito le ragioni della sua critica alla contrattualizzazione della dirigenza⁶⁸; io non credo che ripubblicizzare la dirigenza sia la soluzione più adeguata, ma la Sua analisi offre importanti e utili elementi per cercare di costruire una disciplina che consenta di realizzare quel virtuoso rapporto tra dirigenza e vertice politico prefigurato dai riformatori degli anni 90 del '900 e mai effettivamente attuato.

⁶⁷ Sullo statuto speciale del dipendente pubblico v. l'ampia analisi di CARUSO, *op. cit.*, con cui non ci si può qui confrontare.

⁶⁸ RUSCIANO, *A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2018, p. 205. ss.

Abstract

Nel saggio si riflette sul ruolo ricoperto dal sistema di valutazione nel modello privatistico/contrattualistico di regolazione dell'organizzazione e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in rapporto alle inadeguatezze della sua disciplina legislativa, nel succedersi delle riforme sino alla più recente del 2017, evidenziandone i limiti e le lacune anche con riguardo ai nessi con le norme sulla dirigenza, nella prospettiva di un nuovo intervento riformatore.

The paper aims to investigate the task performed by the assessment system used by the public administration whenever they apply a private law/contract based regulatory model of the labour organization. This essay will pay close attention to the shadows of the legal framework as it develops throughout the times, up to the 2017 legislative reform, focusing on limits and gaps of the leadership rules and regulations with a view of a forthcoming legislative reform

Key words

Lavoro pubblico, separazione tra politica e amministrazione, sistema di valutazione, politica legislativa, inadeguatezza.

Public employment, separation between politics and public administration, assessment system, legislative policy, unsuitability.

Vito Pinto

Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** L'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche. **3.** Il reclutamento a tempo indeterminato del personale. **4.** La questione delle assunzioni a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche. **5.** La procedura di stabilizzazione. **6.** La disciplina speciale delle assunzioni a termine. **7.** Il regime sanzionatorio. **8.** Il risarcimento del danno. **9.** Alcune considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Uno degli ultimi atti della maggioranza parlamentare che sosteneva il primo Governo della XVIII legislatura è stata la conversione del decreto legge 28 giugno 2019, n. 59 e, con esso, delle norme urgenti in materia di personale delle fondazioni lirico-sinfoniche¹. Come esplicitato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, l'urgenza del provvedere era costituita dalle possibili ripercussioni negative – in termini di bilancio e di programmazione artistica – della sentenza della Corte di Giustizia U.E. sulle assunzioni a termine del personale artistico e tecnico².

* Questo scritto è dedicato alla memoria di Rachele Fassi, donna curiosa e coraggiosa.

¹ La legge di conversione è la n. 81 dell'8 agosto 2019; le misure che saranno analizzate sono contenute nell'art. 1 del decreto.

² Relazione al d.d.l. S-374 del 29 giugno 2019, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/-BGT/01117535.pdf, p. 3. Ma occorre anche considerare che il 25 luglio 2019 la Commissione europea ha inviato all'Italia una lettera di costituzione in mora ex art. 258, T.fue (infrazione n. 20144231) perché non garantirebbe la prevenzione degli abusi dei contratti a tempo determinato in una serie di settori e in relazione a una serie di categorie di lavoratori tra i quali, appunto, il personale dipendente delle “fondazioni di produzione musicale”.

Tuttavia, la riforma è andata ben oltre la regolazione di questa materia riguardando anche la determinazione delle dotazioni organiche, il *turn-over*, le modalità di reclutamento e la “stabilizzazione” dei rapporti precari.

La circostanza non sorprende, né stupisce la linea di intervento. Il legislatore vuole incidere su un contesto di “rilevante interesse generale”³, seppure vi operino soltanto quattordici fondazioni con circa 5.300 dipendenti a tempo indeterminato⁴, ma in costante sofferenza finanziaria. In questo settore, infatti, i ricavi delle rappresentazioni generalmente non coprono i costi di produzione e i contributi pubblici attribuiti in conto esercizio sono per lo più assorbiti dal maggiore tra di essi, vale a dire dalla spesa per il personale⁵. La sofferenza finanziaria, peraltro, risale quanto meno al ridimensionamento generale dell’intervento pubblico realizzato nell’ultimo decennio del secolo scorso e non è stata affatto scongiurata dalla trasformazione obbligatoria dei cd. “enti lirici di prioritario interesse nazionale” in fondazioni di diritto privato⁶.

Illusorio, in particolare, si è rivelato l’auspicio che la privatizzazione degli enti fosse di per sé sufficiente a garantire l’economicità della gestione e, per questa via, l’attrazione di donazioni e sponsorizzazioni private nonché la valorizzazione di tutte le opportunità di reddito complementari alla messa in scena (noleggi, pubblicità, editoria, ristorazione e così via)⁷. Con l’eccezione di un paio di casi⁸, infatti, le fondazioni hanno avuto notevoli difficoltà

³ Così già l’art. 1, legge 14 agosto 1967, n. 800; aspetto valorizzato da Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153, al fine di dichiarare la legittimazione dello Stato a doppio titolo (art. 117, co. 2, lett. g e l, Cost.) al riordino del settore lirico-sinfonico e al riassetto degli enti ivi impegnati.

⁴ Il dato occupazionale si riferisce al 31 dicembre 2017 (v. C. Conti, sez. controllo, det. 6 giugno 2019, n. 67, p. 257, tab. 140). Esigenze di economia dello scritto impediscono di dare conto della diversa situazione dei ventotto teatri di tradizione, ai quali pure si applicano alcune delle previsioni del d.l. 59/2019 (e, in particolare, la disciplina speciale dell’apposizione del termine di cui all’art. 29, co. 3-bis e 3-ter, d.lgs. n. 81/2015).

⁵ C. Conti, sez. controllo, det. n. 67/2019, p. 258.

⁶ Per il vero, nel dibattito economico precedente l’adozione della forma privatistica – e tra le ragioni che la consigliavano – era emersa anche la necessità di porre mano al sovradimensionamento degli organici e al peso eccessivo dei costi del personale dipendente sui costi totali (lo ricorda LEON, *Gli enti lirici: una indagine sulle conseguenze della trasformazione in fondazione a tre anni dalla riforma*, in BODO, SPADA (a cura di), *Rapporto sull’economia della cultura in Italia 1990-2000*, Il Mulino, 2004, p. 324).

⁷ In termini, tra i tanti, FRENI, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in GDA, 1996, 12, p. 1110; DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, 2011, p. 222 ss. e, ancora, pp. 231-232.

⁸ Rappresentati dalle Fondazioni Teatro alla Scala di Milano e l’Accademia di Santa Cecilia

a raccogliere capitali privati e il progressivo deterioramento delle condizioni finanziarie ha reso necessari un primo riordino legislativo del settore nel 2010⁹, l'introduzione di una procedura speciale pluriennale di risanamento nel 2013¹⁰ e la programmazione di un secondo riordino nel 2017¹¹.

In questo quadro, l'evoluzione della disciplina dei rapporti di lavoro è stata profondamente segnata dalla preoccupazione di tenere sotto controllo la spesa per il personale; obiettivo perseguito condizionando in vario modo sia la domanda di lavoro delle fondazioni, sia la contrattazione collettiva (specie decentrata). Per quanto riguarda la prima, in particolare, i blocchi temporanei delle assunzioni a tempo indeterminato, i vincoli al *turn-over* e il potere di ridurre temporaneamente l'orario di lavoro (e la retribuzione) dei dipendenti nella misura necessaria a raggiungere il pareggio di bilancio¹² sono stati variamente combinati con un'ampia libertà di stipulare e reiterare contratti a termine e con l'immunità dagli effetti derivanti dall'equiparazione dei collaboratori etero-organizzati ai lavoratori subordinati¹³. Più di

di Roma e alle quali, soprattutto in ragione di questa capacità, è stato riconosciuto lo statuto di "fondazioni dotate di forma organizzativa speciale" (ex art. 5, co. 1, lett. g, l. 29 luglio 2014, n. 106 e d.m. Mibac 6 novembre 2014).

⁹ Cfr. il d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2010, n. 100. Tra coloro che hanno spiegato le ragioni di questo primo intervento v. TUTINO, *Il decreto della discordia*, in *Aedon*, 2010, n. 2, in www.aedon.mulino.it/risorse/prece.htm; COGNATA, TRIMARCHI, *Le opere e i giorni*, in *Aedon*, 2010, n. 3; per Mainardi e Casale (*Lo spettacolo dal vivo. Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, in *Aedon*, 2010, n. 3, par. 1), tra i motivi vi sarebbe stato anche il sostanziale (e prematuro) fallimento dell'operazione di privatizzazione, dovuto alle riduzioni del finanziamento statale e alla scarsità dei finanziamenti privati.

¹⁰ Ad opera dell'art. 11, d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, in l. 7 ottobre 2013, n. 112. Alla procedura hanno fatto ricorso nove fondazioni su quattordici (v. la Relazione del Commissario straordinario del Governo sullo stato di attuazione dei piani di risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche, giugno 2019, in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/2/relazione.pdf>). Per approfondimenti sullo stato dell'arte, v. PETRALIA, *Il processo di risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Aedon*, 2019, n. 2.

¹¹ Seconda riforma prevista dall'art. 2, co. 3, della legge delega 22 novembre 2017, n. 175, ma mai realizzato.

¹² L'art. 24, co. 3-*quarter*, lett. b, d.l. n. 113/2016, più precisamente, prevede che "le fondazioni che non raggiungano il pareggio di bilancio sono tenute a prevedere opportune riduzioni dell'attività [...] e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale, allo scopo di assicurare, a partire dall'esercizio immediatamente successivo, la riduzione dei costi e il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario".

¹³ Cfr. l'art. 2, co. 2, lett. d-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 (introdotto dall'art. 24, co. 3-*quarter*, lett. d, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito, con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160).

quanto sia avvenuto per le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, insomma, la disciplina riguardante l'instaurazione e la gestione dei rapporti di lavoro¹⁴ da parte delle fondazioni è stata ibridata con regole e istituti originariamente strutturati per le amministrazioni pubbliche¹⁵. Un'opzione regolativa che si è già rivelata poco efficace a risolvere i problemi strutturali del settore ma che, come si mostrerà, risulta consolidata dal d.l. n. 59/2019.

2. *L'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche*

La prima misura del d.l. n. 59/2019 a venire in evidenza è il ritorno esplicito all'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche o, se si preferisce, la limitazione dell'autonomia organizzativa di ciascuna fondazione in funzione di un controllo centralizzato sulla spesa per il personale.

Si tratta di un ritorno, posto che un siffatto dispositivo era previsto quando gli enti lirici avevano natura pubblica e il "regolamento organico del personale dipendente" di ciascuno era sottoposto, appunto, all'approvazione ministeriale; e, comunque, di una scelta consapevole posto che l'approvazione ministeriale delle nuove dotazioni organiche determinerà l'inefficacia proprio delle "piante organiche approvate ai sensi dell'articolo 25 della legge 14 agosto 1967, n. 800"¹⁶.

La scelta è molto discutibile sul piano organizzativo ma, almeno, ha il merito di eliminare dal quadro regolativo un elemento di incertezza. Nel periodo intercorrente tra la privatizzazione degli enti e la riforma, in effetti, la regolazione di questa materia è stata a lungo controversa. Il d.lgs. n. 367/1996 nulla aveva disposto in merito ed è probabile che le fondazioni, coerentemente con la nuova natura giuridica privata, abbiano concluso che la materia fosse per loro liberamente disponibile (e, di conseguenza, anche negoziabile). Ciò spiegherebbe come mai l'art. 3 del CCNL regoli, fin dal

¹⁴ Si ricordi che, ancora oggi, i rapporti alle dipendenze delle fondazioni sono assoggettati alle "disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (art. 22, co. 1, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367).

¹⁵ Nel caso delle assenze per malattia, vi è stata perfino una vera e propria estensione della disciplina applicabile alle amministrazioni pubbliche: v. l'art. 11, co. 19, d.l. n. 91/2013, convertito, con modificazioni, in l. n. 112/2013.

¹⁶ Art. 1, co. 2-*decies*, d.l. n. 59/2019.

2000, anche gli “organici funzionali”¹⁷. La legislazione successiva alla privatizzazione, però, ha fatto riferimento all’“organico approvato” o alla “pianta organica approvata” in diverse occasioni¹⁸; mentre nel 2013, la riduzione della “dotazione organica del personale tecnico e amministrativo” (per le fondazioni interessate ad accedere alla procedura di risanamento) e la rideterminazione dell’ “organico necessario all’attività da realizzare nel triennio successivo” (per tutte le altre) sono state affidate esclusivamente all’organo di indirizzo, senza alcuna menzione di un’approvazione ministeriale¹⁹.

Oggi è previsto che ciascuna fondazione, una volta “sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”, proponga all’approvazione del Ministro per i beni culturali e del Ministro dell’economia e delle finanze la propria dotazione organica²⁰. A quanto è dato intendere, peraltro, nel formulare la propria proposta di dotazione, le fondazioni non potranno stimare autonomamente il proprio fabbisogno di personale in ragione della programmazione artistica ma, al contrario, dovranno “uniformarsi” ad uno “schema tipo” predisposto dagli stessi Ministri innanzi citati tenendo conto “delle esigenze di struttura e organizzazione, definite nel contratto collettivo nazionale di lavoro, per i complessi artistici e il settore tecnico”²¹.

A conferma che la funzione della dotazione organica sarà quella di dare evidenza e certezza alla spesa per il personale, ad ogni modo, il legislatore prevede che le fondazioni alleghino alla propria proposta “una relazione illustrativa e tecnica, corredata del parere del Collegio dei revisori dei conti, che attesti la sostenibilità economico-finanziaria della dotazione organica così determinata, al fine di garantire l’equilibrio economico-finanziario e la copertura dei relativi oneri con risorse aventi carattere di certezza e di sta-

¹⁷ Clausola successivamente riscritta con l’accordo di rinnovo del 2003. È opportuno osservare, peraltro, che il CCNL è applicato da tutte le fondazioni.

¹⁸ V., ad esempio, l’art. 3-ter, co. 6, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, che fissava per il 2005 un limite di contingentamento delle assunzioni a termine pari al “quindici per cento dell’organico approvato”. Ma v. anche i riferimenti contenuti nell’art. 3, co. 5 e 5-bis, d.l. 30 aprile 2010, n. 64 convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 64, rispettivamente all’ “organico approvato” e alla “pianta organica approvata”.

¹⁹ Con l’art. 11, co. 1, 13 e 19, d.l. 8 agosto 2013, n. 91 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112.

²⁰ Art. 22, co. 2-ter, d.lgs. n. 367/1996.

²¹ Stando all’art. 22, co. 2-ter, d.lgs. n. 367/1996, lo schema di dotazione avrebbe dovuto essere adottato entro il 30 luglio 2019. A quanto consta, però, ciò non è ancora avvenuto.

bilità”); “un documento di programmazione che rappresenti come la dotazione organica proposta sia diretta a conseguire adeguati livelli di produzione e di produttività della fondazione, ovvero un loro incremento”; e, all’evidente fine di valutare l’impatto delle “stabilizzazioni”²², l’“indicazione del numero dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nell’ultimo biennio, e di quelli, in essere alla data della proposta, [...] e dei relativi oneri, nonché del numero di posti vacanti, distinguendo tra personale artistico, tecnico e amministrativo”²³.

Una volta approvate, le dotazioni organiche sono valide per un triennio salvo che, nell’arco di questo periodo, venga “meno il requisito della sostenibilità economico-finanziaria” (circostanza che dovrebbe comportare l’obbligo di revisione *immediata* della dotazione)²⁴. Al termine del triennio, poi, le fondazioni potranno avviare il medesimo procedimento previsto per l’approvazione al fine di rivedere la propria dotazione organica in modo da adeguarla alla programmazione artistica e sempre che essa risulti sostenibile sul piano economico-finanziario²⁵.

3. *Il reclutamento a tempo indeterminato del personale*

L’autonomia organizzativa delle fondazioni risulta oggi limitata anche dal contingentamento delle assunzioni a tempo indeterminato realizzato agendo sul tasso di sostituzione dei lavoratori (cd. *turn-over*). Salvo il caso in cui le fondazioni debbano procedere alla stabilizzazione dei rapporti precari²⁶, infatti, le assunzioni a tempo indeterminato devono essere contenute entro un limite di spesa pari a quella complessivamente sostenuta per i rapporti cessati nell’anno in corso e nei due anni precedenti²⁷.

Al fine di scoraggiare assunzioni clientelari e preservare la qualità degli

²² V., *infra*, par. 5.

²³ Così l’art. 22, co. 2-*ter*, rispettivamente lett. a, b, e c, d.lgs. n. 367/1996.

²⁴ Di qui, l’obbligo di verifiche periodiche da parte del Collegio dei Revisori dei conti della fondazione: v. l’art. 22, co. 2-*quinqies*, d.lgs. n. 367/1996.

²⁵ V., ancora, l’art. 22, co. 2-*quinqies*, d.lgs. n. 367/1996 introdotto dall’art. 1, co. 2, d.l. n. 59/2019.

²⁶ Nel qual caso il limite di spesa è elevabile ex art. 1, co. 2-*nonies*, d.l. n. 59/2019. V. anche *infra*, par. 5.

²⁷ Cfr. l’art. 1, co. 2-*sexies*, d.l. n. 59/2019.

organici, poi, il legislatore ribadisce che il reclutamento a tempo indeterminato dovrà avvenire previo esperimento di apposite “procedure selettive pubbliche”²⁸. In effetti, un siffatto obbligo era già stato posto dall’art. 11, co. 19, d.l. n. 91/2013, tuttora in vigore, e non è facile individuare il senso della ri-proposizione. Ad ogni modo, la norma non pare ammettere deroghe o eccezioni, ragione per cui è applicabile qualunque sia il profilo professionale o la categoria di inquadramento del personale da assumere ivi compresi i dirigenti, le figure artistiche di alto valore professionale e perfino i dipendenti destinati a “qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell’obbligo” (vale a dire per quel personale che potrebbe essere assunto da un’amministrazione pubblica mediante la sola richiesta numerica ai centri territoriali per l’impiego²⁹).

L’impiego del sintagma “procedure selettive”, inoltre, induce a pensare che il giudizio valutativo non dovrà necessariamente consistere in una comparazione tra le diverse candidature (come avviene nei concorsi³⁰). Esse, poi, sono qualificate come “pubbliche” perché aperte al pubblico e adeguatamente pubblicizzate ma conservano natura privata, tanto è vero che le “controversie relative alla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento” sono devolute al giudice ordinario e non a quello amministrativo³¹.

La selezione aperta e impersonale, infine, è obbligatoria solo per il reclutamento a tempo indeterminato e non anche a termine. Anche in questo caso l’opzione regolativa è consapevole, posto che il legislatore ha contestualmente abrogato la previsione che imponeva alla sola Fondazione Petruzzelli e Teatri di Bari di esperire “procedure ad evidenza pubblica” anche nel caso di assunzioni a tempo determinato³². In concreto, però, ciò non significa che le fondazioni potranno scegliere liberamente chi assumere posto che, quanto meno con riferimento al personale artistico, è il CCNL che le obbliga a porre in essere una “selezione annuale prima dell’inizio della stagione formulando apposita graduatoria degli idonei”³³.

²⁸ V. l’art. 22, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 367/1996.

²⁹ V. l’art. 35, co. 1, d.lgs. n. 165/2001.

³⁰ V., per tutte, Cass., SS.UU., ord. 26 gennaio 2011, n. 1778.

³¹ Così l’art. 22, co. 2, ultimo periodo, d.lgs. n. 367/1996.

³² Cfr. l’art. 1, co. 4, d.l. n. 59/2019 il quale, appunto, ha abrogato l’art. 3, co. 8-*bis*, d.l. n. 64/2010.

³³ Art. 1, co. 4, CCNL.

Rispetto al passato, e così com'è stato imposto anche alle società private in controllo pubblico³⁴, le fondazioni sono altresì obbligate a predeterminare, in un apposito regolamento, i “criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza pubblica e imparzialità e dei principi di cui, all’articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Un’eventuale omissione, peraltro, non consente alle fondazioni di sottrarsi ai principi dettati dall’art. 35, co. 3, d.lgs. n. 165/2001 posto che essi troveranno “diretta applicazione” nelle fasi che vanno dalla redazione dell’avviso di selezione fino all’individuazione dei vincitori. La selezione, in definitiva, dovrà essere adeguatamente pubblicizzata e strutturata in modo da garantire l’“economicità e [la] celerità di espletamento” (co. 3, lett. *a*, ma anche *d*) nonché le “pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori” (lett. *c*); la commissione selezionatrice dovrà essere composta “esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie” oggetto di prova, purché non componenti dell’organo di gestione della fondazione né titolari di cariche politiche o sindacali (lett. *e*); il giudizio valutativo, infine, dovrà essere imparziale perché formulato in base a prove e criteri “oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire” (lett. *a* e *b*).

La mancata predeterminazione delle procedure selettive, peraltro, è sanzionata solo indirettamente. Esplicitamente punite, infatti, sono soltanto la mancata o incompleta pubblicazione del regolamento sul sito istituzionale della fondazione. Il responsabile dell’eventuale omissione, in particolare, potrà essere condannato al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra cinquecento e diecimila euro³⁵, oltre che a risarcire l’eventuale danno di immagine subito dalla fondazione³⁶. Quanto a quest’ultima, finché perdura l’inadempimento essa *non dovrebbe poter percepire* “somme a qualsivoglia titolo” da parte di amministrazioni pubbliche, fatto salvo il pa-

³⁴ Dall’art. 19, co. 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

³⁵ Cfr. l’art. 47, co. 2, d.lgs. n. 33/2013.

³⁶ Come stabilito dall’art. 46, d.lgs. n. 33/2013 al quale rinvia, appunto, l’art. 22, co. 2, nuovo testo, d.lgs. n. 367/1996. L’art. 46, per il vero, risulta difficilmente applicabile alle Fondazioni perché strutturato in ragione delle amministrazioni pubbliche e degli istituti che le caratterizzano. Testualmente, infatti, l’art. 46 sanziona l’inadempimento di alcuni specifici obblighi di pubblicazione stabilendo che esso costituisca “elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione e [sia] comunque valutat[o] ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili”.

gamento dei corrispettivi dovuti a fronte dell'adempimento di obbligazioni contrattuali³⁷.

Infine, e ancora una volta in coerenza con quanto previsto per le società private in controllo pubblico, è oggi esplicitamente disposto che le assunzioni a tempo indeterminato di lavoratori scelti dalle fondazioni, anziché da queste selezionati impersonalmente mediante le procedure all'uopo predisposte, siano nulle e determinino l'applicazione dell'art. 2126 c.c.³⁸. La regola, molto probabilmente, troverà applicazione in un numero limitato di casi perché raro è che si verifichi la relativa fattispecie. Essa, però, potrebbe avere un'importanza sistematica notevole se la giurisprudenza dovesse valorizzarla al fine di dedurre un generale principio di "non convertibilità a tempo indeterminato" dei rapporti flessibili, a termine *in primis*. Sulla questione, comunque, si avrà modo di tornare³⁹.

4. *La questione delle assunzioni a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*

La ragione dichiarata dell'iniziativa legislativa, però, è stata la necessità di assicurare "la tutela dei lavoratori del settore secondo il diritto dell'Unione europea"⁴⁰ dopo la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Sciotto*⁴¹.

Per comprendere l'impatto di questa decisione bisogna ricordare che, anche in ragione del modello di produzione "a stagione" privilegiato dalle fondazioni lirico-sinfoniche (ma anche dei teatri cd. di tradizione), il reclu-

³⁷ Il condizionale è d'obbligo considerato che l'art. 22, co. 4, d.lgs. n. 33/2013 (al quale rinvia l'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 367/1996) vieta alle amministrazioni pubbliche di erogare – e non di percepire – somme a qualsivoglia titolo in favore degli enti vigilati, controllati o partecipati dei quali la stessa p.a. non abbia pubblicato i dati previsti per legge. È evidente, però, che una simile previsione sarebbe priva di senso se riferita alle fondazioni (dal momento che esse non erogano, bensì percepiscono finanziamenti pubblici).

³⁸ V. il nuovo co. 2-*bis* dell'art. 22, d.lgs. n. 367/1996.

³⁹ *Infra*, par. 7.

⁴⁰ Art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

⁴¹ Sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*. La sentenza è stata commentata da DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 383/2019; da NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in questa rivista, 2019, p. 320 ss.; e da RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche al vaglio della Corte di Giustizia: l'avvio di una possibile inversione di rotta?*, in LPA, 2019, p. 272 ss.

tamento del personale artistico e tecnico è stato tradizionalmente di natura temporanea, non solo in Italia⁴². Già nel periodo antecedente la privatizzazione⁴³, ad esempio, agli enti lirici era stata riconosciuta la facoltà incondizionata di apporre un termine ai contratti di lavoro “nelle scritture del personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli”⁴⁴ nonché per il restante personale se “addeito a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita”⁴⁵. Essendo controversa l’applicabilità dell’art. 2 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e segnatamente della regola della convertibilità a tempo indeterminato dei rapporti illegittimamente reiterati, poi, nel 1977 intervenne il legislatore a vietare “i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, [avrebbero comportato] la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato”⁴⁶; con la precisazione, aggiunta nel 1982, che “le assunzioni attuate in violazione del divieto [erano] nulle di diritto, ferma la responsabilità personale di chi le [avesse] disposte”⁴⁷.

⁴² Cfr. Corte di Giustizia 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo*, spec. par. 23.

⁴³ Ed anche quando l’art. 3, d.l. 11 settembre 1987, n. 374, convertito in l. 20 ottobre 1987, n. 450, estese agli enti lirici la disciplina per i dipendenti degli enti pubblici economici.

⁴⁴ Così il testo originario dell’art. 1, co. 2, lett. e, legge 18 aprile 1962, n. 230 (poi sostituito dall’articolo unico della l. 23 maggio 1977, n. 266, con conseguente apponibilità del termine alle “assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi”).

⁴⁵ Essendo la “preparazione e produzione di spettacoli” inserita nell’elenco delle attività a carattere stagionale di cui al D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 (n. 49). Su questa previsione si tornerà *infra*, par. 6.

⁴⁶ Dall’art. 3, l. 22 luglio 1977, n. 426.

⁴⁷ Così l’ultimo comma dell’art. 3, aggiunto dall’art. 2, l. 17 febbraio 1982, n. 43. La vicenda dell’art. 3, successiva alla privatizzazione degli enti lirici, è indicativa dei problemi del settore. Al fine di incidere sul contenzioso in atto, l’art. 3, co. 6, d.l. n. 64/2010 dispose (retroattivamente) che esso fosse applicabile anche ai rapporti di lavoro instaurati dopo la privatizzazione e fino all’entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001. Tre anni dopo, sempre allo stesso scopo, l’art. 40, co. 1-bis, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, l. 9 agosto 2013, n. 98) interpretò autenticamente la norma del 2010 nel senso che “alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non [sarebbero state applicabili] le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti” (corsivo di chi scrive). Con la sentenza 11 dicembre 2015, n. 260, però, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima – perché priva di carattere interpretativo – quest’ultima previsione nella parte in cui impediva la prosecuzione a tempo indeterminato anche dei rapporti affetti da vizi genetici. Questa sentenza è stata diffusamente analizzata

Il legislatore ha assecondato le consolidate pratiche di reclutamento anche in occasione della privatizzazione, allorché escluse esplicitamente l'applicabilità al personale artistico e tecnico dell'art. 2, l. n. 230/1962⁴⁸; e nuovamente al momento del recepimento dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70, quando esonerò le fondazioni dal regime delle proroghe e dei rinnovi⁴⁹. I già laschi vincoli all'autonomia negoziale delle fondazioni, peraltro, furono ulteriormente allentati nel 2010, allorché le assunzioni temporanee del personale di qualsiasi qualifica furono sottratte anche la regola che – a pena di inefficacia – imponeva la forma scritta dell'apposizione del termine e dell'indicazione delle ragioni che la legittimavano⁵⁰. Con lo stesso provvedimento, del resto, fu disposto che in questo settore le assunzioni a tempo indeterminato non fossero la “forma comune” di impiego⁵¹ e le fondazioni furono esplicitamente legittimate a sottoscrivere contratti a termine anche “a copertura dei posti vacanti in organico”⁵².

Questo è, appunto, il contesto normativo della cui compatibilità con il diritto sovranazionale ha dubitato la Corte d'Appello di Roma nel caso *Sciotto*. Ma l'indirizzo di favore per le assunzioni a termine e per le loro reiterate non è stato abbandonato neppure dal d. lgs n. 81/2015. Anche quest'ultimo, infatti, disciplinava in modo peculiare i rapporti temporanei del personale artistico e tecnico *sottraendoli* all'operare di alcune regole generali: in particolare, ai primi tre commi dell'art. 19 (che attengono alla giustificazione del termine per i rapporti di durata superiore a dodici mesi, ai vincoli di durata massima dei rapporti e alla prosecuzione degli stessi a tempo indeterminato in caso di superamento) e all'art. 21 (e, quindi, ai limiti in materia di proroghe e rinnovi)⁵³. Di qui, la possibilità di estendere anche a questa disciplina gli stessi dubbi di compatibilità con il diritto europeo sorti con riferimento al quadro giuridico previgente.

in dottrina: v., almeno, DE MARTINO, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *VTDL*, 2016, p. 599; GHERA F., *Interpretazione autentica di leggi sul lavoro a termine e diritto alla stabilizzazione*, in *GCost.*, 2015, p. 2261; MENGHINI, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, *RGL*, 2016, II, p. 164; NATULLO, *GIORNALE*, *Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi*, in *questa rivista*, 2016, p. 123 ss.; e PERRINO, *Nota*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1.

⁴⁸ Cfr. l'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 367/1996.

⁴⁹ Art. 11, co. 4, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

⁵⁰ Come previsto dall'art. 3, co. 6, terzo periodo, d.l. n. 64/2010.

⁵¹ V. sempre l'art. 3, co. 6, terzo periodo, d.l. n. 64/2010.

⁵² Così l'art. 3, co. 5, d.l. n. 64/2010.

⁵³ V. l'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 81/2015.

L'importanza della sentenza *Sciotto* sta nell'aver evidenziato che, con l'entrata in vigore della direttiva 1999/70, "è nell'ambito dell'attuazione dell'accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione"⁵⁴. Più in concreto, se gli Stati possono legittimare la reiterazione dei contratti a termine attribuendo rilevanza giuridica a circostanze particolari che si possono verificare in un determinato settore, non è conforme al diritto sovranazionale una disciplina nazionale che permetta la reiterazione generalizzata di assunzioni temporanee in un intero settore in ragione di una supposta particolarità dello stesso⁵⁵.

Inoltre, e su un diverso piano, il fatto che gli Stati non siano tenuti a punire gli abusi con la prosecuzione a tempo indeterminato dei relativi rapporti non implica che essi siano esonerati dal prevedere – anche in un settore quale quello delle fondazioni lirico-sinfoniche – misure sanzionatorie alternative che siano effettive e sufficientemente dissuasive⁵⁶.

Di qui, l'obbligo per i giudici italiani di disapplicare le disposizioni che concedono alle fondazioni di reiterare liberamente le assunzioni a termine nonché quelle che le rendono immuni da qualsivoglia sanzione in caso di abuso di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sempre che essi non riscontrino la vigenza di un'altra misura effettiva che sanzioni la segmentazione artificiosa e non oggettivamente necessaria dei rapporti di lavoro⁵⁷.

Una decisione pienamente condivisibile anche perché, sul piano fattuale, non è vero che la domanda di artisti e tecnici espressa dalle fondazioni sia strutturalmente e oggettivamente temporanea. Molto dipende, invece, dall'impostazione dell'attività teatrale e dai caratteri artistici dei titoli messi in scena. La domanda di lavoro è per lo più discontinua se, come generalmente accade nell'esperienza italiana, la programmazione artistica è di breve periodo (annuale o addirittura stagionale) e contempla la produzione *ex novo*

⁵⁴ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punto n. 35.

⁵⁵ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punti nn. 46-49.

⁵⁶ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punti nn. 60-66.

⁵⁷ Contrariamente a quanto pare sia sostenuto da RECCHIA (*La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*, cit., pp. 283-284), il richiamo alla sentenza *Sciotto* è tutt'altro che essenziale nell'iter argomentativo di Cass. 7 marzo 2019, nn. 6679 e 6680; Cass. 18 aprile 2019, n. 10860 e 14 maggio 2019, n. 12776 (tutte relative a casi di nullità dell'apposizione del termine e non di reiterazione dei contratti).

di un numero limitato di titoli destinati a essere rappresentati poche volte. Le cose sarebbero diverse, invece, se la pianificazione fosse pluriennale o combinasse produzioni originali, spettacoli di repertorio (quindi, già pronti per essere rappresentati) e coproduzioni. In questo caso, il fabbisogno di personale si stabilizzerebbe, le “alzate di sipario” si intensificherebbero e tutto ciò renderebbe più convenienti le assunzioni a tempo indeterminato.

5. *La procedura di stabilizzazione*

Il rischio di contenzioso innescato dalla possibilità di una disapplicazione giudiziale delle previsioni di favore dettate dagli artt. 11, co. 4, d.lgs. n. 368/2001 e 3, co. 6, d.l. n. 64/2010 nonché, successivamente, anche dall’art. 29, co. 3, d.lgs. n. 81/2015 è stata la vera ragione del pronto intervento del legislatore. Questa circostanza, in particolare, spiega le misure dirette alla stabilizzazione dei precari.

Come spesso è accaduto, tuttavia, anche il d.l. n. 59/2019 ha dovuto contemperare gli interessi antagonisti dei precari e dei vincitori delle prove selettive che, per vincoli giuridici o ragioni finanziarie, sono ancora in attesa di essere assunti a tempo indeterminato. Il punto di equilibrio è stato trovato nell’agevolare, sia sul piano normativo che su quello finanziario, la stabilizzazione dei primi fermo restando, però, il riconoscimento ai secondi di una precedenza nelle future assunzioni a tempo indeterminato⁵⁸.

Una volta approvata dal ministero la dotazione organica, infatti, ciascuna fondazione potrà colmare le carenze di organico assumendo *prioritariamente* coloro i quali, già vincitori (e non meramente idonei) all’esito di procedure selettive per il reclutamento a tempo indeterminato, alla data del 12 agosto

⁵⁸ Per le assunzioni di cui si dirà a breve in testo, infatti, i “limiti finanziari di cui al comma 2-*sexies*, primo periodo, possono essere elevati di un importo pari alle risorse destinate in bilancio a coprire i costi delle assunzioni a termine in essere alla data del bando”. Tuttavia, considerato che in talune situazioni il ricorso ai rapporti a termine (e la conseguente spesa) è abnorme, il legislatore ha previsto che le maggiori risorse in discorso non possano superare la spesa correlata al numero dei rapporti a termine “necessari a garantire i livelli di produzione programmati” e, comunque, al più pari al 20% dei dipendenti a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di riferimento (art. 1, co. 2-*nonies* d.l. n. 59/2019). Il tutto a due condizioni: “che le medesime fondazioni siano in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale” e che esse prevedano nei propri bilanci la contestuale e definitiva riduzione della spesa per le assunzioni a termine per un ammontare pari a quello utilizzato.

2019 erano inseriti in graduatorie in corso di validità⁵⁹. In modo poco perspicuo, peraltro, il legislatore “fa salve” le procedure selettive in corso alla medesima data. Ora, ciò significa certamente che anche i vincitori di queste procedure sono titolari del diritto di precedenza.

È plausibile, però, che con questa previsione il legislatore abbia inteso – seppure implicitamente – anche inibire l’avvio di nuove procedure di reclutamento fino all’avvenuto riordino del settore (coincidente, appunto, con l’approvazione delle nuove dotazioni organiche). Un divieto tutt’altro che irragionevole posto che la stabilizzazione dei precari potrà aver luogo soltanto dopo l’assunzione degli aventi diritto di precedenza e a condizione che residuino posti in organico.

La stabilizzazione, del resto, dovrà essere necessariamente preceduta da una prova selettiva che le fondazioni potranno articolare scegliendo tra due opzioni: potranno prevedere di valorizzare “con apposito punteggio, l’esperienza professionale maturata in virtù di precedenti rapporti di lavoro presso le fondazioni lirico sinfoniche”⁶⁰; oppure potranno riservare ai “precari” un numero di posti non superiore al 50% di quelli disponibili⁶¹. In questo secondo caso, i destinatari della riserva dovranno essere in possesso di requisiti diversi a seconda che la selezione riguardi il personale artistico e tecnico, da una parte, o quello amministrativo, dall’altra. Al momento della pubblicazione dei bandi, infatti, i riservatari appartenenti all’area artistica e tecnica dovranno essere stati alle dipendenze della fondazione precedente “sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato per un tempo complessivo non inferiore a diciotto mesi, anche non continuativi, negli otto anni precedenti”; mentre gli amministrativi dovranno avere un’anzianità di servizio complessiva “non inferiore a trentasei mesi, anche non continuativi, negli otto anni precedenti”.

L’altra condizione indispensabile per partecipare alle procedure riservate, comune a entrambe le categorie di lavoratori, è l’aver prestato servizio alle dipendenze della fondazione precedente per un periodo – anche minimo – successivo al 12 agosto 2018 (non essendo necessario, invece, che essi siano dipendenti al momento della pubblicazione del bando).

⁵⁹ Art. 1, co. 2-*septies*, d.l. n. 59/2019.

⁶⁰ E non solo, quindi, presso la fondazione precedente.

⁶¹ Art. 1, co. 2-*octies*, d.l. n. 59/2019. In entrambi i casi, “le modalità di espletamento delle procedure selettive [...], i titoli abilitativi, i criteri di attribuzione dei punteggi e i titoli di preferenza sono definiti da ciascuna fondazione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

La possibilità di riservare una quota di posti al personale precario, evidentemente, è del tutto eccezionale rispetto alle ordinarie regole di reclutamento e ciò spiega perché tale facoltà sia stata testualmente riconosciuta soltanto fino al 31 dicembre 2021. Non è circoscritta temporalmente, invece, la possibilità di indire procedure che prevedano la valorizzazione dell'esperienza professionale pregressa: non lo è esplicitamente ma, a parere di chi scrive, neppure implicitamente.

È ragionevole pensare, infatti, che rientri nell'autonomia organizzativa di ciascuna fondazione stabilire se vi siano posizioni professionali rispetto alle quali una simile valorizzazione, in termini di punteggio o di esonero da alcune prove, sia opportuna.

Ciò che conta è che le scelte siano ragionevoli, non predeterminino in alcun modo l'esito della procedura selettiva (e, quindi, non pregiudichino il carattere imparziale del giudizio), consentano comunque l'accertamento dei requisiti attitudinali e professionali e, infine, siano state predeterminate nel regolamento sulle procedure assunzionali⁶².

6. *La disciplina speciale delle assunzioni a termine*

Il legislatore, infine, ha strutturato un quadro regolativo più severo in materia di assunzioni a termine. Seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, è stata data attuazione all'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70 fissando una serie di misure speciali che dovrebbero garantire una tutela contro eventuali abusi al personale artistico e tecnico⁶³.

Anche il nuovo assetto, pertanto, conserva la tradizionale segmentazione legislativa tra area artistica e tecnica, da un lato, e area amministrativa, dall'altro. Il differente trattamento giuridico riservato alle due categorie di lavoratori è facilmente spiegabile in ragione delle considerazioni di ordine organizzativo innanzi esposte; ma resta il problema che, così facendo, il legislatore ripropone una classificazione asimmetrica rispetto a quella operata dall'art. 5 del CCNL. Quest'ultimo, infatti, distingue l'area artistica da quella

⁶² V. *supra*, par. 3.

⁶³ Al personale amministrativo, infatti, sono integralmente applicate le regole comuni di cui agli artt. 19 e ss., d.lgs. n. 81/2015. Il personale sia artistico-tecnico che amministrativo, inoltre, rientra nel calcolo della percentuale di contingentamento di cui all'art. 23, co. 1 (cfr. l'art. 29, co. 3 e co. 3-bis) d.lgs. n. 81/2015.

tecnico-amministrativa includendo tra gli impiegati, ad esempio, anche gli scenografi di qualsiasi livello, dal capo coordinatore agli aiuti: vale a dire, anche il personale che – in possesso di cognizioni tecniche, pratiche ed artistiche – con diversi gradi di autonomia e responsabilità partecipa alle realizzazioni scenografiche. In assenza di dati legislativi o contrattuali collettivi utili, pertanto, dovranno essere qualificati come “tecnici” coloro che concretamente disimpegnano mansioni che, pur non avendo contenuto “artistico”, sono strettamente funzionali alla messa in scena degli spettacoli.

Nel merito, la nuova disciplina permette l’assunzione a tempo determinato di artisti e tecnici soltanto “in presenza di esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l’impiego anche di *ulteriore* personale artistico e tecnico” nonché per la “sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti” (corsivo di chi scrive)⁶⁴. Le medesime ragioni, poi, giustificano l’eventuale proroga del termine e, soprattutto, il rinnovo del contratto⁶⁵. In tutti i casi, dovrà essere redatto un documento che indichi espressamente la ragione che giustifica l’apposizione del termine o, in alternativa, “il puntuale riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato” l’artista o il tecnico⁶⁶.

In secondo luogo, è stabilito che – “a decorrere dal 1° luglio 2019” e “fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi” – il rapporto o i successivi rapporti a termine instaurati tra le parti “per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale” non possano superare i trentasei mesi complessivi⁶⁷. Poiché la regola riguarda la durata dei rapporti, è logico che essa si applichi già ai rapporti in corso di esecuzione alla data fissata dal legislatore e non soltanto a quelli instaurati successivamente.

Ciò spiega, peraltro, perché il limite massimo di impiego sia stato prontamente innalzato con accordo collettivo a duecentoquaranta mesi, purché i rapporti che abbiano avuto un’esecuzione superiore a trentasei mesi cessino definitivamente entro il 30 giugno 2020⁶⁸. In proposito si con-

⁶⁴ V. l’art. 29, co. 3-*bis*, primo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁵ Com’è disposto dall’art. 29, co. 3-*bis*, secondo periodo.

⁶⁶ Così l’art. 29, co. 3-*bis*, terzo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁷ V., ancora, il co. 3-*bis* dell’art. 29.

⁶⁸ V. l’Accordo tra ANFOLS e oo.ss. maggiormente rappresentative del 4 luglio 2019, n. 1. Le parti hanno anche “neutralizzato” la durata massima di ventiquattro mesi dei rapporti del personale amministrativo fissata dall’art. 19, d.lgs. n. 81/2015 valorizzando il rinvio all’autonomia

sideri che – vigente un quadro legislativo che favoriva le assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato e che, comunque, non poneva vincoli ai rinnovi negoziali – è stata l'autonomia collettiva a contemperare le esigenze di flessibilità tipiche della produzione artistica e le necessità operative conseguenti alle carenze strutturali degli organici con l'interesse dei lavoratori alla stabilità della propria occupazione. Una mediazione, più precisamente, individuata nel riconoscimento al personale artistico già assunto a termine, e a diverse condizioni anche al personale tecnico-amministrativo, di un diritto di precedenza in caso di successive assunzioni per “esigenze stagionali”⁶⁹. Di qui, l'esistenza di “carriere professionali” segmentate ma estese nel tempo e la necessità di elevare in misura abnorme il tetto dei trentasei mesi al fine di evitare che esse fossero improvvisamente interrotte⁷⁰.

Il nuovo impianto legislativo, invece, ha un elemento di contraddizione e potenzialmente “eversivo” nella disposizione secondo la quale, “fatta salva l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità”, le regole sulle condizioni legittimanti l'apposizione del termine e sulla durata massima dei rapporti non trovano applicazione “ai lavoratori impiegati nelle attività stagionali individuate ai sensi dell'articolo 21, comma 2” d.lgs. n. 81/2015⁷¹; ossia, come previsto da quest'ultimo, nelle attività che siano qualificate tali dalla contrattazione collettiva o, attualmente, dal d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525. Nel caso delle fondazioni lirico-sinfoniche, in concreto, nulla è previsto dalla contrattazione collettiva mentre il n. 49 dell'elenco allegato al decreto n. 1525/1963, essendo stato redatto nel momento in cui l'apposizione del termine alle “scritture” di artisti e tecnici era già incondizionatamente legittimata (dalla lett. e, dell'art. 1, l. n. 230/1962), permette testualmente l'assunzione di personale con un diverso profilo professionale da quello artistico/tecnico ma

collettiva contenuto nel secondo comma della previsione e stabilendo che tali rapporti possano essere prorogati o rinnovati liberamente fino al 31 dicembre 2019 (purché si estinguano entro il 30 giugno 2020).

⁶⁹ Art. 1, co. 4 e 9, CCNL 1° giugno 2000 così come interpretati dall'accordo di rinnovo del 29 luglio 2003.

⁷⁰ Con l'Accordo del 4 luglio 2019, del resto, le parti hanno convenuto che ai lavoratori interessati dall'innalzamento del “tetto” continui ad applicarsi la disciplina del diritto di precedenza (n. 2).

⁷¹ V. l'art. 29, co. 3-bis, ultimo periodo, d.lgs. n. 81/2015. Gli addetti alle attività stagionali, peraltro, dovrebbero essere esclusi anche dal calcolo della percentuale di contingentamento (arg. ex art. 23, co. 2, lett. c, d.lgs. n. 81/2015).

pur sempre da adibire alla “preparazione e produzione” di “singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita”⁷².

Senonché, e questo è il punto, oggi la fattispecie descritta al n. 49 deve essere letta facendo astrazione dell'elemento soggettivo originario poiché il rinvio (indiretto) ad essa è contenuto in una previsione che riguarda esclusivamente l'assunzione temporanea di personale artistico e tecnico. In altri termini, il riferimento alle “attività stagionali” di cui al comma 3-*bis* dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 ha l'effetto di legittimare l'assunzione di artisti e tecnici senza alcun vincolo (se non quelli di forma) allorché il loro apporto sia necessario alla preparazione o alla produzione di uno spettacolo o di più spettacoli consecutivi in un arco temporale prestabilito e non superiore all'anno⁷³.

Orbene, se si tiene conto che questa “stagionalità” dipende dalle scelte organizzative delle fondazioni e non da fattori oggettivi⁷⁴, risulterà altresì evidente come essa si presti ad essere utilizzata dalle fondazioni per sottrarsi nuovamente al regime vincolistico messo a punto per garantire la tutela dei lavoratori “secondo il diritto dell'Unione”. Sarà sufficiente che le stesse continuino a organizzarsi come tradizionalmente fanno e che invocino la “stagionalità” della loro attività istituzionale per eliminare ogni ostacolo alla reiterazione dei rapporti di lavoro a termine, per impedire di verificare quando l'assunzione abbia davvero luogo per soddisfare esigenze oggettivamente contingenti e, in definitiva, per privare la direttiva del suo effetto utile. Una situazione che, se condivisa, impone al giudice investito di un'eventuale controversia di disapplicare l'art. 29, co. 3-*bis*, ultimo periodo (con tutte le conseguenze del caso).

⁷² *Supra*, par. 4.

⁷³ Secondo la giurisprudenza formatasi sul n. 49 dell'elenco, infatti, “la durata limitata del rapporto lavorativo deve trovare giustificazione nelle esigenze e nella durata della suddetta ‘stagione teatrale’, intesa come serie di spettacoli consecutivi, programmati in un arco temporale che, se anche di durata più estesa delle ‘stagioni del calendario’, deve esaurirsi nell'anno, in ragione di quanto avviene nella realtà fattuale e dell'esperienza del settore” (così Cass. 5 ottobre 1998, n. 9878).

⁷⁴ Lo evidenzia anche la Corte di Giustizia, *Sciotto*, parr. 46 e 53.

7. *Il regime sanzionatorio*

La responsabilizzazione delle fondazioni imposta dal diritto sovranazionale, inoltre, dipenderà in concreto anche dall'effettività e dalla reale efficacia dissuasiva dell'assetto rimediale/sanzionatorio. Il quadro giuridico messo a punto a tal fine, però, ha un campo di applicazione circoscritto sia soggettivamente che oggettivamente, essendo applicabile solo al personale artistico e tecnico e soltanto nelle ipotesi in cui ad essere violate siano le norme sostanziali poste dallo stesso d.l. n. 59/2019.

Mutuando i dispositivi previsti per il lavoro pubblico, il legislatore sanziona anzitutto con la nullità dell'intero contratto di lavoro (e non del solo patto appositivo del termine, come si argomenterà) l'instaurazione del rapporto senza un documento scritto⁷⁵; e con il "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro" l'eventuale violazione delle "norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi" direttamente poste dal comma 3-*bis*⁷⁶.

Per quanto riguarda la nullità, occorre ammettere che i dati normativi disponibili sono ridondanti e, di conseguenza, poco perspicui. Il comma 3-*bis* dell'art. 29, infatti, dapprima stabilisce che le fondazioni "possono stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato"; e la norma è confermata dall'ultimo periodo, allorché tiene ferma "l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità" per le assunzioni stagionali. Un'altra delle previsioni dello stesso comma, però, stabilisce che, sempre "a pena di nullità, il contratto [debba recare] l'indicazione espressa della condizione che [...] consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo"⁷⁷.

Orbene, assunte nel loro significato letterale, queste previsioni si pre-

⁷⁵ Questa, infatti, pare l'interpretazione sistematicamente più coerente dell'art. 29, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 allorché legittima le Fondazioni – ma anche i teatri di tradizione di cui all'art. 28, l. n. 800/1967 e, più in generale, i soggetti finanziati dal Fondo Unico per lo Spettacolo – a "stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato". Ritenere nulla soltanto l'apposizione del termine, infatti, comporterebbe la prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto e tale conseguenza sarebbe del tutta antinamica rispetto al divieto di conversione a tempo indeterminato di cui si dirà al testo.

⁷⁶ V. l'art. 29, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 81/2015.

⁷⁷ L'ultimo periodo dello stesso comma conferma "l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità" anche per i contratti stagionali, ma non pare che esso modifichi i termini della questione così come analizzata in testo.

sentano in un rapporto di continenza posto che la prima fattispecie (l'assunzione avvenuta di fatto e senza sottoscrizione di alcun documento) include la seconda (ossia, l'assunzione avvenuta in forma scritta ma senza che il contratto indichi la ragione che giustifica l'apposizione del termine).

La continenza potrebbe essere esclusa soltanto se fosse possibile riferire la nullità, nella prima ipotesi, all'intero contratto e, nella seconda, alla sola apposizione del termine. Ma, a parte il fatto che per giungere a questo secondo esito occorrerebbe forzare non poco l'interpretazione del dato letterale, una siffatta ricostruzione condurrebbe ad esiti applicativi paradossali. In entrambi i casi, infatti, il lavoratore non potrà verificare se l'assunzione a termine sia giustificata o no. Tuttavia, se ciò sarà dovuto alla mancanza di un documento negoziale, egli perderà l'impiego (e gli sarà garantita soltanto la "tutela" minimale stabilita dall'art. 2126 c.c.); se, invece, l'impossibilità dovesse derivare dall'incompletezza del documento negoziale, il lavoratore potrebbe ottenere giudizialmente il risarcimento del danno previsto dal comma 3-ter. Se così fosse, però, le fondazioni sarebbero incentivate ad assumere artisti e tecnici senza alcun documento scritto (derivandone, al più, la nullità del rapporto), piuttosto che con un documento che il giudice potrebbe ritenere incompleto (rischiando in tal caso il risarcimento automatico del danno nella misura di cui si dirà a breve). Senza contare che un assetto siffatto non offrirebbe alcuna tutela effettiva al dipendente che ha subito il pregiudizio maggiore dal comportamento negoziale altrui.

Meglio, allora, ritenere che le norme in discorso siano in rapporto di continenza e concludere che sia sufficiente la mancata (o erronea) indicazione del fatto che giustifica l'apposizione del termine, per determinare la nullità dell'intero contratto.

Ciò non toglie, comunque, che la sanzione della nullità resti ben poco appagante. Come chi scrive ha già avuto modo di argomentare in altra occasione, questo tipo di rimedio oltre a essere profondamente iniquo, perché imputa gli effetti negativi conseguenti alla violazione di norme anche alla parte contrattuale che queste dovrebbero proteggere, è affittivo solo in apparenza⁷⁸. Sul piano pratico, infatti, il lavoratore sarà disincentivato dal chiedere il controllo giudiziale sull'operato della fondazione datrice di lavoro dal

⁷⁸ Sia consentito il rinvio a PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pp.aa.: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in *Riforme del lavoro e contratto a termine*, SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), Editoriale Scientifica, 2017, p. 241.

momento che l'accoglimento della sua domanda avrebbe come conseguenza la nullità del rapporto (se ancora in corso di esecuzione) o non comporterebbe alcun vantaggio giuridico (se il rapporto dovesse essere già estinto).

8. *Il risarcimento del danno*

Come anticipato, la violazione delle norme speciali inderogabili riguardanti la costituzione, la durata massima, la proroga o i rinnovi dei contratti a termine del personale artistico e tecnico direttamente poste dal comma 3-bis dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 determina il diritto del lavoratore interessato al "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro" come alternativa alla "conversione" del rapporto a tempo indeterminato (esplicitamente esclusa)⁷⁹. Alle fondazioni, inoltre, è imposto "l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave"⁸⁰.

Si tratta di una previsione che riproduce quasi pedissequamente l'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001, con l'unica differenza che quest'ultima previsione vieta la conversione del rapporto "in ogni caso [di] violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori" da parte delle amministrazioni pubbliche⁸¹. Proprio questa analogia consente di intendere il risarcimento del danno dovuto dalle fondazioni alla stregua del diritto vivente formatosi sulla norma diretta alle amministrazioni pubbliche. Com'è noto, infatti, l'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001 è stato oggetto di una complessa vicenda interpretativa che ha preso origine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla necessità di individuare – anche in questo caso – una mi-

⁷⁹ Così l'art. 29, co. 3-ter, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Un'assimilazione giustificata se il divieto di conversione è interpretato come funzionale al controllo della spesa pubblica e si tiene nella dovuta considerazione che le fondazioni in discorso, pur avendo natura giuridica privata, sono incluse nell'elenco delle unità istituzionali annualmente redatto dall'ISTAT al fine di compilare il conto economico consolidato e di individuare gli aggregati rilevanti per il rispetto del Protocollo sulla *Procedura per i Deficit Eccessivi* annesso al Trattato di Maastricht (Reg. UE n. 549/2013). Opinione contraria è sostenuta da NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle fondazioni*, cit., p. 340, proprio in ragione della natura privata delle fondazioni. Ambigua la posizione di RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*, cit., p. 285, che vede nella disposizione di cui al testo una conferma dell'"impronta pubblicistica" delle fondazioni.

sura punitiva dall'efficacia afflittiva e deterrente adeguata a garantire al lavoratore pubblico una protezione effettiva contro gli abusi delle assunzioni a termine⁸². Basti ricordare che è ormai diritto vivente l'orientamento che interpreta l'art. 36, co. 5, nel senso che l'indennizzo ivi previsto sia dovuto *automaticamente* – cioè, senza alcuna necessità di provare il danno – in un ammontare variabile a discrezione del giudice tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto⁸³. Il dipendente pubblico, peraltro, può ottenere un risarcimento anche maggiore se dimostra, mediante presunzioni, la perdita di *chance*⁸⁴. Orbene, la Corte di Giustizia ha valutato questo rimedio compatibile con il diritto sovranazionale, dal momento che gli Stati membri non sono obbligati a prevedere né “la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato” né, in alternativa, a stabilire l'ammontare di eventuali indennizzi in misura tale da compensare la mancanza di una siffatta conversione del contratto⁸⁵; e, per le stesse ragioni, è stato ritenuto pienamente conforme all'art. 117, co. 1, Cost. dalla Corte costituzionale⁸⁶.

Certo, sarebbe stato meglio se il legislatore avesse formulato il comma 3-ter dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 fissando direttamente i valori minimo e massimo entro i quali il giudice è tenuto a quantificare il danno. Ma il fatto che ciò non sia avvenuto non pare sia significativo o, comunque, tale da permettere ai giudici di pervenire a conclusioni diverse rispetto a quelle già raggiunte in ambito pubblico.

Ancora più incerto è un altro aspetto. La nullità e il risarcimento del danno riguardano esclusivamente le assunzioni del personale artistico e tecnico e sono applicabili, rispettivamente, in presenza di vizi genetici formali e nell'ipotesi di costituzione o di rinnovo del rapporto nonché di proroga del termine in violazione delle regole “inderogabili” direttamente poste dal-

⁸² La letteratura sul tema è copiosissima. Per una recente e ben informata riflessione, nonché per un'attenta ricostruzione del dibattito, v. ALAIMO, *Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”*. *Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico, in Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, CARUSO (a cura di), *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” Collective Volumes - 8/2019*.

⁸³ Il parametro di determinazione del danno e i relativi criteri di liquidazione sono analogicamente individuati da questa giurisprudenza nell'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁴ Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5072.

⁸⁵ CGUE 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, spec. punto 47.

⁸⁶ Corte cost. 27 dicembre 2018, n. 248.

l'art. 29, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2015. Resta da stabilire, invece, di quali protezioni disponga lo stesso personale artistico e tecnico in caso di violazione dei vincoli e delle condizioni posti da norme diverse dal comma 3-*bis* (si pensi, ad esempio, ai divieti di assunzione elencati dall'art. 20, d.lgs. n. 81/2015 e, soprattutto, a quello posto a carico dei datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la salute e per la sicurezza dei lavoratori); e, soprattutto, di quali tutele disponga il personale amministrativo, i cui rapporti sono assoggettati alle norme sostanziali di applicazione generale dettate dal d.lgs. n. 81/2015. Ampliando il campo della riflessione, inoltre, ci si avvedrà che un identico problema si pone per tutto il personale dipendente dalle fondazioni, qualunque sia il profilo professionale di appartenenza, nelle ipotesi di abuso di altre forme di reclutamento flessibile quali il contratto di lavoro intermittente⁸⁷ o la somministrazione di manodopera; o, ancora, nell'ipotesi di riqualificazione giudiziaria degli incarichi di lavoro autonomo allorché dissimulino una relazione lavorativa di natura subordinata.

A parere di chi scrive, infatti, dalla natura giuridica privata delle fondazioni e dalla vigenza di un apparato sanzionatorio speciale per il personale artistico/tecnico coinvolto nelle fattispecie tipizzate dai commi 3-*bis* e 3-*ter* non è possibile indurre che, nei casi ora elencati, siano applicabili le sanzioni e i rimedi previsti per i datori di lavoro privati (dalla nullità dell'apposizione del termine alla prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto, solo per fare alcuni esempi). Per quanto poco appagante, al contrario, è plausibile sostenere che l'indefettibilità delle procedure selettive pubbliche per le assunzioni a tempo indeterminato abbia come corollario l'impossibilità di stabilire *per via giudiziaria* l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato⁸⁸ o l'efficacia a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro flessibile dei quali le

⁸⁷ Il riferimento è a quell'orientamento interpretativo che sanziona la violazione delle regole sulla legittimazione a stipulare e i divieti di assunzione con contratto di lavoro intermittente con la trasformazione a tempo indeterminato, oltre che a orario pieno, del rapporto di lavoro. In termini, seppure tramite percorsi argomentativi diversi, Circ. Min. Lav. n. 20/2012; Circ. Isp. Naz. Lavoro n. n. 49/2018; Trib. Milano 19 giugno 2017, n. 1806 e 20 giugno 2017, n. 1810, in *RGL*, 2018, II, p. 57; Trib. Vicenza 19 luglio 2017, n. 343; Trib. Bari 8 marzo 2018, nn. 929, 930 e 931, tutte inedite a quanto consta. Le ultime tre sentenze avevano quale convenuta una Fondazione lirico-sinfonica (seppure i contratti *sub iudice* siano stati stipulati in un periodo antecedente l'entrata in vigore dell'obbligo di procedure selettive ad evidenza pubblica per le assunzioni a tempo indeterminato).

⁸⁸ Si pensi, ad esempio, alle conseguenze di una somministrazione irregolare *ex art.* 38, d.lgs. n. 81/2015.

fondazioni abbiano abusato. Diversamente opinando, e come argomentato dalla Cassazione in una serie di sentenze relative alle società a partecipazione pubblica, le fondazioni interessate a scegliere chi assumere avrebbero a disposizione un comodo stratagemma per eludere l'obbligo di selezionare i lavoratori in modo imparziale: sarebbe sufficiente violare strumentalmente una o più regole sull'assunzione o sull'impiego dei lavoratori per creare, in capo agli interessati, un diritto alla prosecuzione (o alla conversione) a tempo indeterminato del rapporto⁸⁹. Ciò non implica, però, che la violazione da parte del datore di lavoro di norme inderogabili in materia di forme *flessibili* di impiego si riverberi sulla validità del rapporto determinandone la nullità (e la conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c.)⁹⁰. Al contrario, i rapporti di lavoro sarebbero validamente instaurati ma non potrebbero mai proseguire a tempo indeterminato in ragione dell'impedimento implicitamente derivante dal principio di indefettibilità delle procedure selettive combinato con l'applicazione analogica dell'art. 29, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 81/2015; ma il lavoratore avrebbe quanto meno diritto al risarcimento del danno che, sempre per l'applicazione analogica di quest'ultima previsione, quanto meno nel caso dei rapporti di lavoro a termine, dovrebbe essere *in re ipsa* e calcolato, come ricordato, tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione.

Sempre con riferimento specifico alle assunzioni a termine, peraltro, si può perfino pensare che l'estensione analogica dell'art. 29, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 81/2015 al personale artistico e tecnico nel caso di violazione di previsioni sull'assunzione e sull'impiego diverse da quelle poste dal comma 3-*bis* nonché al personale amministrativo sia costituzionalmente doverosa perché, riducendo le differenze di trattamento giuridico tra situazioni omogenee e tra categorie di personale dipendente dallo stesso datore di lavoro, assicura il rispetto del principio di uguaglianza formale.

⁸⁹ Così, ad esempio, Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621, par. 2.5, in un caso che riguardava l'illegittimità del patto appositivo del termine; ma v. anche Cass. 19 marzo 2018, n. 6818; Cass. 19 marzo 2018, n. 6772; Cass. 8 marzo 2018, n. 5525; Cass. 8 marzo 2018, n. 5524; Cass. 7 marzo 2018, n. 5395; Cass. 1^o marzo 2018, n. 4897; Cass. 22 febbraio 2018, n. 4358. Più recentemente, Cass. 7 febbraio 2019, n. 3662, par. 53-54.

⁹⁰ Sfuggirebbe alla ricostruzione di cui al testo solo l'ipotesi di riqualificazione per via giudiziaria degli incarichi di lavoro autonomo "a tempo indeterminato" che dissimolino un impiego subordinato. In questo caso, infatti, si realizza una violazione delle regole sul reclutamento a tempo indeterminato e ciò comporta, per espressa previsione dell'art. 22, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 367/1996, la nullità del rapporto.

9. *Alcune considerazioni conclusive*

A questo punto dovrebbe essere chiaro perché, in apertura, si è scritto di una comune logica regolativa che caratterizzerebbe il vecchio e il nuovo quadro normativo. A prescindere dal fenomeno contingente delle stabilizzazioni, infatti, il legislatore ha apportato un mero aggiustamento all'assetto disciplinare degli organici e del reclutamento a tempo indeterminato. Nel caso dell'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche, in particolare, c'è addirittura un ritorno all'esperienza remota degli enti lirici e una divergenza perfino rispetto all'assetto delle amministrazioni pubbliche (le quali hanno ormai sostituito le dotazioni organiche con il più flessibile piano dei fabbisogni di personale)⁹¹. L'unica discontinuità rispetto al passato riguarda le assunzioni a termine, prima semplicemente escluse dal campo di applicazione delle regole generali e ora, invece, assoggettate a una disciplina speciale articolata in ragione delle peculiarità del settore. Tuttavia, anche questa novità potrebbe essere più formale che reale se, come argomentato, le fondazioni dovessero sfruttare la possibilità di assumere per "attività stagionali" al fine di perpetuare, anziché modificare, quell'insieme di pratiche organizzative consolidate che sono all'origine della precarizzazione dei rapporti di lavoro. Del resto, salvo che non la si valuti come una svista del legislatore, la circostanza stessa che una siffatta opportunità esista dimostra plasticamente la perdurante difficoltà di trovare un compromesso socialmente accettabile tra l'urgenza di contenere (e rendere più produttiva) la spesa per il personale e la necessità, parimenti avvertita, di garantire alle fondazioni "la prosecuzione delle loro attività istituzionali"⁹².

Anche questa manovra, in definitiva, è il prodotto di un'azione politica determinata dalle emergenze e i cui effetti possono avere un segno positivo soltanto nel breve periodo; o, se si preferisce, di una cultura politica che, nonostante le impegnative dichiarazioni di principio, è incapace di individuare e sciogliere i nodi problematici strutturali di un settore⁹³. Così, se davvero il

⁹¹ V.l'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 come sostituito dall'art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75; e le *Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni pubbliche* allegate al D.M. Fun. Pub. 8 maggio 2018, p. 10.

⁹² Questa è una delle finalità dell'intervento legislativo dichiarate dall'art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

⁹³ Si tratta di un processo che chi scrive ha già indagato con riferimento alle riforme del lavoro pubblico. Per chi fosse interessato, v. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, 2013, pp. 286 ss.

legislatore avesse voluto porre le basi di un “rilancio [delle fondazioni lirico-sinfoniche] in termini di programmazione e di sviluppo” e della crescita “dei settori economici connessi”⁹⁴, avrebbe dovuto tornare a occuparsi della distribuzione del potere all’interno delle fondazioni, delle precondizioni giuridiche per una loro effettiva gestione *manageriale*, dei presupposti indispensabili affinché anche le realtà artistiche con storia, prestigio e bacino di utenza minori possano realmente intercettare capitali privati e sponsorizzazioni. Nulla, insomma, che possa essere minimamente modificato da una riforma delle assunzioni, a tempo indeterminato o a termine che siano.

⁹⁴ Cfr. nuovamente l’art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

Abstract

Il saggio esamina la più recente disciplina del reclutamento ad opera delle fondazioni lirico-sinfoniche. La tesi che si sostiene è che essa sia stata dettata da esigenze contingenti (le necessità di controllare la spesa per il personale, di porre un freno agli abusi del contratto a termine e di sanare le situazioni pregresse) ma che, nonostante le apparenze, essa non introduca alcuna discontinuità nelle logiche di regolazione rispetto al passato né appresti soluzioni adeguate a prevenire il reiterarsi dei fenomeni che si intendono contrastare.

The essay examines the most recent discipline of recruitment in the operatic and orchestral foundations sector. The A. argues that the provisions have been dictated by contingent needs (such as controlling personnel costs, placing measures to prevent the misuse of successive fixed-term employment contracts or relationships and dealing with previous cases) but, despite appearances, they neither introduce any discontinuity in the regulatory logic with respect to the past or offer adequate solutions to prevent the reiteration of the phenomena which are intended to be countered.

Key words

Fondazioni lirico-sinfoniche, condizioni per il reclutamento a tempo indeterminato, procedure di stabilizzazione, abuso dei contratti a termine, misure di prevenzione degli abusi.

Operatic and orchestral foundations, conditions for permanent recruitment, procedures for special recruitment, misuse of successive fixed-term employment contracts or relationships, measures to prevent the misuse.

Charles Szymanski

Gli approcci alla *platform economy* nel diritto del lavoro americano*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Datore di lavoro o *app*? 3. *Gig workers* come lavoratori autonomi o subordinati. 4. Soluzioni per il dilemma: un diverso approccio giudiziario e legislativo negli Stati Uniti. 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La *sharing economy* è un fenomeno globale, ma ha il suo epicentro negli Stati Uniti d'America. A seconda della prospettiva dalla quale la si guarda, essa ha prodotto effetti positivi e negativi. Ciò può essere illustrato osservando due esempi, Uber e Airbnb. Attraverso Uber e la sua applicazione informatica (“*app*”), gli autisti utilizzano la propria vettura (in tal senso, “*sharing*”) per accompagnare i clienti alle varie destinazioni, molto spesso all'interno della città. Attraverso la sua *app*, il cliente paga Uber e, in seguito, Uber trasmette il pagamento (meno una commissione trattenuta da Uber stesso) all'autista.

Con Airbnb (e attraverso il suo sito web), le persone danno in affitto i loro appartamenti (o case o camere) a clienti che cercano un alloggio a uso transitorio (di nuovo, “*condividendo*” l'appartamento). Airbnb rimette il pagamento al proprietario, ridotto di una tassa trattenuta da Airbnb stesso.

In entrambi i casi, l'utente trae un beneficio. L'utilizzo dell'*app* Uber è un modo semplice ed economico di ottenere un passaggio, contrariamente all'utilizzo di un taxi per lo stesso servizio. Analogamente, con l'avvento di Airbnb, gli utenti hanno una grande varietà di scelta nella ricerca di alloggi

* La traduzione dall'inglese è di Chiara Pizi.

per una vacanza o per un breve soggiorno; non sono più costretti a utilizzare sempre hotel del medesimo standard. C'è, inoltre, un beneficio anche per gli autisti di Uber e gli *hosts* di Airbnb, i quali possono trarre un profitto dalle loro case e appartamenti e beneficiare di un'entrata aggiuntiva.

Tuttavia, c'è anche un inconveniente. C'è una ragione per cui gli operatori della *sharing economy* sono chiamati *disrupters*¹. I taxi e gli hotel tradizionali hanno perso un'importante quota di mercato, da quando Uber e Airbnb hanno sovvertito il loro modello imprenditoriale. Nel diritto del lavoro, i singoli lavoratori potrebbero aver perso qualcosa, e cioè il loro status di dipendenti. Gli autisti di Uber (o altri fornitori di servizi per le imprese della *sharing economy*) potrebbero essere considerati lavoratori autonomi o piccoli imprenditori, piuttosto che tradizionali lavoratori subordinati. Come lavoratore subordinato, si può contare sul beneficio di essere tutelati dalla normativa antidiscriminatoria, che protegge il lavoratore dalle forme di discriminazione sul luogo di lavoro, fornendo rimedi sostanziali (incluso il risarcimento danni) nel caso in cui il datore di lavoro violi tale normativa. I lavoratori godono, altresì, della protezione riguardante il salario minimo e lo straordinario, la normativa sui *benefits* per il dipendente (che, potenzialmente, danno loro diritto a un sicuro pensionamento, assistenza medica e partecipazione agli utili), e la normativa che consente loro di associarsi in sindacati, per esempio². Assumendo che la *sharing economy* sia il futuro, più soggetti passeranno dall'essere tradizionali lavoratori subordinati a lavoratori autonomi, e conseguentemente perderanno le suddette forme di protezione. In tal senso, la *sharing economy* ha tutto il potenziale per sovvertire, in modo efficace, anche la tradizionale normativa sul lavoro³.

¹ V. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *MiLR*, 2016, pp. 115-116.

² V. KEETON, *An Uber Dilemma: The Conflict between the Seattle Rideshare Ordinance, the NLRA, and For-Hire Workers Classifications*, in *GLR*, 2017, pp. 211-212.

³ Alcuni studiosi hanno sostenuto che la *sharing economy* non sgretoli necessariamente i concetti elaborati dal diritto del lavoro tradizionale, dal momento che ci sono stati precedenti simili a quelli del *gig work* e delle *platforms*. In tal senso, ACEVEDO, *Invisible Bosses for Invisible Workers, or Why the Sharing Economy is Actually Minimally Disruptive*, in *UCLF*, 2017, p. 35; SANJUKTA, *Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications*, in *BJELL*, 2017, p. 233. Nonostante l'esistenza di tali precedenti, tra cui vanno inclusi i casi del lavoro parziale nell'industria tessile e dei centri di impiego nel settore dell'edilizia negli Stati Uniti, come si è spiegato in precedenza, è stato di certo complicato, per le corti, applicare i vecchi *legal test* al contesto della *sharing economy* e non può negarsi che l'entità di questa stia creando un effetto di disgregazione dei modelli di lavoro tradizionali.

Recentemente, le corti e i legislatori negli Stati Uniti hanno cominciato a misurarsi con importanti interrogativi che la *sharing economy* introduce nel diritto del lavoro, in particolare sullo status dei *gig workers* quali lavoratori subordinati o lavoratori autonomi. Analogamente, gli accademici hanno tentato di suggerire alcune strade per affrontare tale questione. Quanto segue è un esame e un'analisi delle più recenti decisioni giudiziarie chiave, degli interventi legislativi e della letteratura accademica sulla materia, con suggerimenti e raccomandazioni per il futuro. In particolare, si è discusso in merito all'introduzione di un test semplificato per lo status di lavoratore subordinato, con la conseguenza che molti *gig workers* possano essere qualificati come lavoratori subordinati o che possano essere garantiti ai *gig workers* i diritti di contrattazione collettiva – indipendentemente dal loro status di lavoratore autonomo – per consentire loro di negoziare forme di tutela adeguate nella nuova *platform economy*.

2. *Datore di lavoro o app?*

Ci sono due fattori piuttosto ovvi da analizzare al fine di determinare se esista un rapporto di lavoro tra un'azienda della *sharing economy* e una persona. L'azienda dovrebbe essere considerata come datore di lavoro e il singolo prestatore come lavoratore subordinato. Mentre le domande sono chiare, le risposte spesso non lo sono. A un livello più generale, per il diritto del lavoro e per altri settori del diritto (tributario, amministrativo, etc.), la domanda iniziale è se piattaforme come Uber siano imprese tecnologiche (*app* utilizzate dai consumatori) o aziende di trasporto.

In *O' Connor v. Uber*⁴, la Corte ha affrontato entrambe le problematiche. In quel caso, gli autisti di Uber hanno presentato una *class action* dichiarando di essere stati erroneamente classificati come lavoratori autonomi piuttosto che come lavoratori subordinati. A causa di questa erronea classificazione, gli autisti non hanno ricevuto il pagamento delle mance, del tempo di attesa tra corse/chiamate dei clienti ("*on-call time*") e del chilometraggio (un rimborso per il carburante e l'usura della vettura dell'autista), al quale avrebbero avuto diritto secondo la normativa lavoristica californiana. In più, un'altra legge vi-

⁴ V. U.S. District Court, N.D. California, sentenza 11 marzo 2015, *O'Connor v. Uber*, 82 F. Supp.3d, 1133.

gente in California, il *Private Attorney Generals Act* (PAGA), consente ai singoli di avviare un processo al fine di ottenere alcune sanzioni amministrative. È utile ricordare in questo caso che la normativa della California impone sanzioni amministrative aggiuntive ai datori di lavoro che violano disposizioni della normativa statale lavoristica (per esempio, non corrispondendo le mance, il rimborso concernente il chilometraggio, ecc.). In base al PAGA, i lavoratori che presentano un reclamo trattengono, se il reclamo è accolto, il 25% della sanzione, mentre il restante 75% è corrisposto allo Stato della California. Il caso di specie ha avuto enormi implicazioni finanziarie per entrambe le parti: la categoria degli autisti ha potenzialmente raggiunto oltre 225.000 prestatori e il valore della controversia è arrivato a 1,9 miliardi di dollari⁵.

In un primo momento, la Corte si è occupata della tesi, sostenuta da Uber, che quest'ultima non fosse un'azienda di trasporto e che pertanto non intrattenesse rapporti di lavoro con gli autisti. Piuttosto, stando alla tesi di Uber, questa era innanzitutto una società tecnologica, un'applicazione informatica che fornisce il servizio di aiutare autisti e singoli individui nella ricerca, rispettivamente, di clienti o corse. In particolare, Uber ha obiettato che gli autisti “sono semplicemente suoi clienti che acquistano *dispatches* (ndt: consegne) che potrebbero o no dar luogo a corse effettive”. Infatti, Uber rileva che i termini contrattuali prevedono che l'azienda non sia sottoposta ad alcun obbligo di garantire che i *riders* ottengano effettivamente delle corse. Pertanto, Uber si propone come un mero intermediario tecnologico tra potenziali *riders* e potenziali autisti⁶.

Ad ogni modo, questa tesi è stata rigettata. La Corte ha spiegato come il *focus* di Uber sulla propria applicazione e sulla tecnologia ivi utilizzata fosse fuori luogo. La chiave di volta stava in ciò che Uber effettivamente faceva e non nella tecnologia utilizzata per realizzarlo. Infatti, secondo la Corte “Uber ha progettato un *software* per connettere autisti e passeggeri, ma questo è un mero strumento utilizzato nell'ambito di un'organizzazione molto più ampia. Uber non vende semplicemente un *software*, ma vende corse. Uber non è una ‘azienda tecnologica’ più di quanto non lo sia Yellow Cab perché adopera bande di frequenza radio per inviare taxi; John Deere sarebbe un'‘azienda tecnologica’ perché usa i suoi computer e robot per produrre

⁵ U.S. District Court, N.D. California, sentenza 18 agosto 2016, *O'Connor v. Uber*, WL 4398271, 1, 11, 17.

⁶ *O'Connor*, cit., 2015, 1141.

tosaerba, Domino Sugar è un'«azienda tecnologica» perché usa le moderne tecniche di irrigazione per coltivare canna da zucchero. Infatti, pochissime imprese (se non nessuna) possono essere considerate società tecnologiche se ci si concentra esclusivamente su come creano o distribuiscono i loro prodotti. Se ci si concentrasse sull'aspetto sostanziale di ciò che l'impresa, effettivamente, fa (ad esempio, vende corse in taxi, tosaerba, zucchero), è chiaro che Uber potrebbe essere, a giusta ragione, ritenuta un'azienda di trasporto, ancorché molto sofisticata dal punto di vista tecnologico⁷.

Un altro fattore critico in favore della tesi di Uber come azienda di trasporto stava nel fatto che essa riceveva commissioni, solo laddove l'autista completasse la corsa con un cliente. Gli autisti non avrebbero pagato alcuna commissione, se non avessero ottenuto alcun cliente attraverso l'*app*. Questo ha indebolito la tesi di Uber per cui gli autisti sarebbero meri utenti che si servono dell'*app* per connettersi, proprio perché gli autisti non corrispondono nulla ad Uber per l'utilizzo infruttuoso dell'*app* nel tentativo di ottenere corse. Senza autisti che completano le corse, Uber non riceverebbe alcuna commissione. Ecco perché, senza *drivers*, Uber non esisterebbe. Le commissioni addebitate ai *riders*, in più, sono state unilateralmente fissate e riscosse da Uber. Gli autisti non esercitano alcun ruolo in tale determinazione⁸.

Infine, Uber controllava chi potesse diventare autista. Si sincerava che i suoi autisti possedessero qualifiche e competenze minime e rimuoveva quei *drivers* che non rispettassero gli standard minimi di qualità previsti da Uber⁹.

In conseguenza di ciò, la Corte ha stabilito che Uber fosse un'azienda di trasporto che riceveva un servizio dai suoi autisti, e non una mera *app* che si serviva dei *drivers* quali clienti¹⁰. Ad ogni modo, questa non è la conclusione dell'analisi, poiché la questione riguardante la qualificazione dei *drivers* come lavoratori subordinati o autonomi deve ancora essere risolta.

3. Gig workers come lavoratori autonomi o subordinati

Assumendo che la piattaforma non sia semplicemente un'*app* che leghi consumatori e altre imprese a dei servizi, ma che consista invece in un *busi-*

⁷ O'Connor, cit., 2015.

⁸ O'Connor, cit., 2015, 1142.

⁹ O'Connor, cit., 2015, 1142-1143.

¹⁰ O'Connor, cit., 2015, 1145.

ness (trasporto, consegna di cibo a domicilio, ecc.) per il quale un singolo fornisce un servizio, potrebbe esserci un rapporto di lavoro sottostante.

La Corte, in *O' Connor*, dopo aver determinato che Uber era effettivamente un'azienda di trasporto, andò ad analizzare se i *drivers* fossero lavoratori autonomi o subordinati. Fece ciò utilizzando la formula piuttosto complessa adottata in California per determinare lo status di lavoratore subordinato. In conformità a questo test, laddove una persona fornisca un servizio per un datore di lavoro, allora si dovrebbe andare a determinare se il datore stesso abbia o no il potere di esercitare un controllo sul lavoro di quella persona.

L'aspetto più critico stava nell'andare a determinare se il datore di lavoro avesse tale potere di controllo e non necessariamente se il datore lo avesse esercitato. Il potere di controllo è sicuramente il più importante, ma non l'unico fattore da analizzare per determinare lo status di lavoratore subordinato¹¹. Ci sono anche altri 13 indizi "secondari", utilizzati per chiarire tale questione. I criteri secondari sono i seguenti: "(a) se chi svolge servizi sia impegnato in una distinta occupazione o affare; (b) il tipo di occupazione, andando a guardare se, in quella località, quel lavoro sia solitamente svolto sotto la direzione di un soggetto o svolto da un esperto senza supervisione; (c) la competenza richiesta in quella particolare attività; (d) se i beni strumentali, le attrezzature e il luogo di lavoro per la persona che lo svolge siano determinati dall'impresa o dal lavoratore; (e) il tempo che deve essere impiegato per svolgere tali servizi; (f) la modalità di retribuzione, se oraria o sulla base del lavoro svolto; (g) se quel lavoro sia o no parte di una regolare organizzazione del datore di lavoro; e (h) se le parti credano di stare oppure no dando luogo a un rapporto tra datore di lavoro e lavoratore subordinato. [...] (1) l'opportunità di profitto o possibilità di perdita del presunto lavoratore subordinato, che dipende dalle sue competenze; (2) l'investimento del presunto lavoratore subordinato in attrezzature o materiali richiesti per la sua attività o per l'impiego dei suoi collaboratori; (3) se il servizio reso richieda una specifica competenza; (4) la durata del rapporto di lavoro e (5) se il servizio reso sia parte integrante dell'organizzazione del presunto datore di lavoro"¹².

Applicando questo test, la Corte ha ritenuto che una giuria avrebbe potuto effettivamente riscontrare l'esistenza del potere da parte di Uber di eser-

¹¹ *O' Connor*, cit., 2015, 1138-1139.

¹² *O' Connor*, cit., 2015, 1139.

citare il controllo sui suoi autisti. Uber ha mantenuto il diritto di escludere *drivers* a suo piacimento e l'ha fatto tramite il sistema della valutazione basata sull'attribuzione di "stelle" (valutazioni del conducente fatte dagli utenti). Ha anche stabilito linee-guida sui modi di prelevare i clienti, sul tipo di musica da ascoltare e ha richiesto che i conducenti tenessero sempre un ombrello in auto. Questi erano forti indizi dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra Uber e i suoi conducenti. Al contrario, Uber ha ribattuto che queste fossero solo raccomandazioni non vincolanti, indicazioni alle quali ci si aspettava che gli autisti si attenessero sulla base delle linee-guida¹³.

Uber ha sostenuto che la possibilità da parte dei *drivers* di rifiutarsi di attenersi alle raccomandazioni dimostrasse che l'azienda non aveva alcun controllo sul loro lavoro. Ciononostante, la Corte ha rilevato come Uber si aspettasse che i conducenti accettassero ogni raccomandazione e che avrebbe vigilato sui *drivers* che avessero ricevuto un numero eccessivo di rifiuti. In più, il fattore-chiave si trovava, non nella quantità di controlli che i *drivers* subivano sulla quantità di lavoro o sui propri programmi, ma stava nel chiedersi se Uber avesse il diritto di esercitare un controllo su questi *mentre lavoravano*¹⁴.

Passando al criterio secondario, la Corte ha affermato come quei fattori caratterizzassero entrambe le strade, ossia a favore e contro lo status di lavoro subordinato. Presumibilmente, il lavoro dei *drivers* non richiedeva una specifica competenza (al contrario dei conducenti di camion, che hanno bisogno di una speciale licenza), e rappresentava una parte integrante dell'organizzazione del datore di lavoro (provvedere al trasporto). D'altra parte, i *drivers* provvedevano al proprio equipaggiamento personale (le proprie macchine, ma non i propri *smartphone* che erano forniti da Uber), e firmavano accordi secondo i quali non vi era alcun vincolo di subordinazione¹⁵.

Per finire, vi erano elementi sufficienti per sostenere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, tali da consentire alla Corte di inviare il caso alla giuria per la decisione finale della questione. Nel prendere questa decisione, la Corte rilevò che l'applicazione del test fondato sui 13-14 indizi, per determinare lo status di lavoratore subordinato non fosse necessariamente il metodo migliore o il più semplice per rispondere alla questione posta nella nuova *sharing economy*: "L'applicazione del tradizionale *test of employment* –

¹³ O'Connor, cit., 2015, 1149-1151.

¹⁴ O'Connor, cit., 2015, 1152.

¹⁵ O'Connor, cit., 2015, 1152-1153.

un test che ha visto la sua evoluzione sotto un modello economico molto diverso rispetto alla nuova *'sharing economy'* – per il modello organizzativo di Uber crea difficoltà significative. Verosimilmente, molti dei fattori presi in considerazione in quel test appaiono, in questa situazione, obsoleti. Altri fattori, che potrebbero senza dubbio riflettere le odierne realtà economiche (come la proporzione tra i ricavi generati e condivisi dalle rispettive parti, il loro rispettivo potere contrattuale e la gamma di scelte disponibili per entrambe le parti), non sono espressamente contemplati dal [tradizionale] test. Potrebbe accadere che il legislatore o le corti, col tempo, perfezionino o rivedano tale test nell'ambito della *new economy*. È ipotizzabile che il legislatore emani delle regole specificamente dirette alla nuova cosiddetta *'sharing economy'*. Fino ad allora, questa Corte ha il compito di applicare il tradizionale test multifattoriale... al caso in esame”¹⁶.

Più recentemente, nel 2018, due corti, una in California e l'altra in Pennsylvania, hanno raggiunto risultati diversi, stabilendo che chi svolge un lavoro per le imprese della *sharing economy* sia un lavoratore autonomo. In *Lawson v. Grubhub, Inc.*¹⁷, l'azienda si occupava della consegna di cibo o pasti dai ristoranti agli utenti, organizzando l'impiego del personale per tali consegne attraverso l'utilizzo di un'*app*. Una di queste *delivery person* agì in giudizio per essere classificata come lavoratore subordinato, chiedendo che gli fosse riconosciuto il salario minimo, lo straordinario e il rimborso spese al quale avrebbe avuto diritto in base alla *California labor law*¹⁸.

Nell'affrontare tale questione, la Corte ha applicato lo stesso test multifattoriale utilizzato in *O'Connor*. Ancora una volta, il fattore più critico stava nel potere di esercitare un controllo. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che Grubhub non esercitasse un ingente controllo sul proprio personale addetto alle consegne. Come molti altri tipi di lavoro propri della *sharing economy*, il personale addetto alle consegne ha una vasta discrezionalità riguardo alla programmazione del proprio lavoro. I *deliverers* di Grubhub potrebbero prevedere nel contratto un arco temporale nel quale garantire la propria disponibilità, ma non sono soggetti ad alcun obbligo in tal senso. Potrebbero rifiutare consegne o accettarle e in seguito richiedere che la consegna sia riassegnata, anche nell'ambito di quell'arco temporale. Un beneficio

¹⁶ *O'Connor*, cit., 2015, 1153.

¹⁷ U.S. District Court, N.D. California, sentenza 8 febbraio 2018, *Lawson v. Grubhub, Inc.*, 302 F. Supp.3d, 1071.

¹⁸ *O'Connor*, cit., 2015, 1072.

derivante dal prevedere periodi temporali di disponibilità e accettare quante più richieste risiedeva nel fatto che il *deliverer* avrebbe ricevuto un compenso orario garantito (15\$ l'ora, in seguito ridotto a 11\$)¹⁹.

Grubhub non ha richiesto agli addetti alle consegne di indossare una particolare uniforme, né ha indicato quale percorso seguire per la consegna o quanto tempo impiegare. Ha, sì, verificato le registrazioni dei percorsi e dei tempi, ma gli addetti avrebbero potuto scegliere se eseguire le consegne con la propria auto o in bicicletta²⁰.

L'evidente mancanza di controllo da parte di Grubhub sui propri *deliverers* ha portato la bilancia a pendere verso la tesi dello status di lavoratore autonomo. D'altra parte, nel suo accordo con gli addetti alle consegne, Grubhub si è riservata il diritto di congedare qualsiasi addetto dando un preavviso di 14 giorni. La Corte ha notato come questo elemento suggerisse che Grubhub esercitasse, in effetti, una qualche forma di controllo sui propri addetti. Tuttavia, molti altri elementi hanno mitigato tale controllo. In primo luogo, gli addetti alle consegne non hanno fatto un investimento sostanziale nell'acquisto di un equipaggiamento adeguato per il lavoro. Se a una persona fosse chiesto di acquistare una costosa auto oppure un furgone (facendo, così, un grande investimento), e se l'azienda avesse il diritto di cessare unilateralmente il rapporto per qualsiasi ragione, ciò sicuramente incrementerebbe l'intensità del controllo dell'azienda sulla persona stessa, e farebbe propendere per lo status di lavoratore subordinato. Tuttavia, in questo caso, i *deliverers* di Grubhub avrebbero potuto usare ogni tipo di auto o perfino una bicicletta per fare consegne, e, pertanto, il loro investimento era minimo. In secondo luogo, l'addetto alle consegne disponeva altresì del diritto di risolvere il contratto con Grubhub senza giustificazione, dopo aver dato 14 giorni di preavviso. Nonostante che nel caso in questione Grubhub avesse risolto il contratto con il ricorrente per giusta causa, ciò non rappresentava la prova dell'esistenza del potere di controllo. Le aziende sono libere di risolvere il contratto anche con gli *independent contractors* (ingaggiati, ad esempio, per la cura del prato o per i servizi da giardino) per non aver svolto il lavoro che avevano promesso di compiere²¹.

Come in *O' Connor*, i fattori secondari hanno smentito entrambe le

¹⁹ *O' Connor*, cit., 2015, 1084-1086, 1077.

²⁰ *O' Connor*, cit., 2015, 1084-1085.

²¹ *O' Connor*, cit., 2015, 1086-1088.

tesi. In favore dello status di lavoratore subordinato, vi era: che i *deliverers* non gestissero un *business* distinto; che si trattasse di un lavoro che non richiedesse particolari qualità; il tipo di retribuzione (spesso oraria, laddove avessero concordato un periodo temporale di riferimento); e che la consegna del cibo fosse parte essenziale del *business* di Grubhub²². A favore della tesi del riconoscimento dello status di lavoratore autonomo, vi era che gli addetti alle consegne utilizzassero mezzi ed equipaggiamento (macchine o biciclette) propri; la breve durata del servizio dell'addetto; la mancanza di supervisione sul lavoro. Le parti avevano altresì concordato nel contratto lo status di lavoratore autonomo, ma la Corte ha evidenziato che questo punto non fosse così credibile poiché, come in questo caso, l'addetto alle consegne era la parte più debole del rapporto di lavoro²³.

Poiché il fattore principale, il potere di controllo, era a favore di Grubhub e i fattori secondari erano inconcludenti, la Corte stabilì che l'addetto alle consegne fosse un lavoratore autonomo e che pertanto non avesse diritto ad alcun *benefit* occupazionale che aveva invocato sulla base della *California labor law*²⁴. Ciononostante, la Corte ha dichiarato: “Secondo la legge della California, l'affermazione secondo cui, un individuo che svolge servizi per un altro è un lavoratore subordinato o un lavoratore autonomo, è troppo netta. Se il signor Lawson è un lavoratore subordinato, ha diritto al salario minimo, agli straordinari, al rimborso spese e alle altre indennità lavorative. Se non lo è, non ha diritto a niente. Con l'avvento della *gig economy* e la creazione di una forza lavoro a basso costo e poco qualificata, ma con un lavoro occasionale molto flessibile, il legislatore potrebbe decidere di far fronte a questa netta dicotomia. Nel frattempo, la Corte deve risolvere la questione in un modo o nell'altro...”²⁵.

In seguito, in *Razak v. Uber Technologies, Inc.*²⁶, una Corte federale in Pennsylvania si è occupata della questione dello status degli autisti di UberBlack. UberBlack è di proprietà di Uber. Una grande differenza sta nel fatto che UberBlack sia essenzialmente un servizio di limousine, che offre ai clienti corse di lusso o di alta qualità. In questo caso, i *drivers* sostennero di essere la-

²² *O'Connor*, cit., 2015, 1091.

²³ *O'Connor*, cit., 2015, 1089-91.

²⁴ *O'Connor*, cit., 2015, 1093.

²⁵ *O'Connor*, cit., 2015.

²⁶ U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, sentenza 11 aprile 2018, *Razak v. Uber Technologies, Inc.*, WL 1744467.

voratori subordinati e, in quanto tali, di non aver ricevuto il salario minimo e lo straordinario garantito dal *Fair Labor Standards Act* (FLSA, una legge federale) e altri trattamenti retributivi in base alla *Pennsylvania Wage Payment and Collection Law* (WPCL)²⁷.

La Corte in *Razak* utilizzò un test diverso rispetto a quello impiegato dalle corti nel caso *O' Connor* e *Lawson* per determinare lo status di lavoratore subordinato. In conformità a un precedente applicato dalla Corte federale in Pennsylvania, è stato utilizzato il seguente test fondato su 6 fattori: “(1) il livello del potere del datore di lavoro di controllare i modi in cui il lavoro deve essere svolto; (2) la possibilità di profitto o perdita per il datore di lavoro, sulla base delle sue competenze manageriali; (3) l’investimento del datore di lavoro in equipaggiamento o materiali richiesti per il suo incarico, o il suo impiego di collaboratori; (4) se il servizio reso richieda una competenza particolare; (5) la durata del rapporto di lavoro; e (6) se il servizio reso sia parte integrante dell’organizzazione del datore di lavoro”²⁸.

Applicando il primo fattore, la Corte ritenne che Uber non avesse il potere di controllare i *drivers* di UberBlack. Il contratto di Uber con i suoi autisti, infatti, escludeva specificamente ogni tipo di controllo; ai *drivers* non era richiesto di indossare alcuna uniforme o di collocare alcun logo di Uber-Black sulle proprie vetture; e i *drivers* avevano completa autonomia nel determinare quando essere *online* e disponibili a lavorare. Sostanzialmente, i *drivers* avrebbero potuto assumere altri autisti per svolgere il proprio lavoro (le corse) e non vi era alcuna restrizione rispetto alla possibilità di lavorare per altre imprese concorrenti²⁹.

È stato riscontrato che Uber esercitasse un certo controllo nel momento in cui i *drivers* erano *online* e realizzavano le corse. Uber avrebbe potuto disabilitare i *drivers* per varie ragioni, richiedere loro di prendersi una pausa dopo 12 ore di guida, svolgere controlli sui loro precedenti personali e compiere perfino detrazioni dai loro pagamenti nei limiti in cui i *drivers* fossero muniti di assicurazioni per le loro macchine tramite Uber o suoi associati³⁰. Tuttavia, la Corte ha minimizzato l’importanza di un tale controllo, paragonandolo a quello che il proprietario di casa esercita su di un falegname che

²⁷ *Razak*, cit., 1.

²⁸ *Razak*, cit., 8, citando U.S. Court of Appeals, Third Circuit, sentenza 13 marzo 1985, *Donovan v. DialAmerica Marketing, Inc.*, 757 F.2d 1376.

²⁹ *Razak*, cit., 14-16.

³⁰ *Razak*, cit., 15.

ha assunto per fare riparazioni in casa. Il proprietario potrebbe richiedere che il falegname non indossi un determinato tipo di stivali, che non ascolti musica mentre si trova in casa, ma questo non farebbe del falegname un dipendente del padrone di casa³¹.

Il secondo, il terzo e il quinto fattore hanno analogamente pesato in favore dello status di lavoratore autonomo. I *drivers* di UberBlack controllavano la propria potenzialità di profitto o perdita determinando quanto lavorare. Giacché UberBlack era un servizio di limousine, i *drivers* necessitavano di acquistare vetture più costose per soddisfare questi standard elevati. Si trattava di investire considerevolmente nell'equipaggiamento adatto a svolgere il lavoro. Poiché gli autisti di UberBlack avrebbero potuto lavorare per la concorrenza e avrebbero potuto lavorare per Uber molto o poco secondo la loro volontà, non sussisteva un contratto di lavoro standard tra i *drivers* e Uber³².

Il quarto fattore si presentava leggermente a favore dello status di lavoratore subordinato. L'abilità di guida in sé considerata non potrebbe essere ritenuta speciale, sebbene guidare una limousine ed essere al servizio della clientela senza dubbio richiedesse più talento rispetto alla guida di una vettura normale. L'ultimo fattore, il sesto, al contrario, ha supportato la tesi sullo status di lavoratore subordinato. Gli autisti di UberBlack erano parte essenziale e integrante del modello organizzativo di Uber. Senza *drivers*, Uber non sarebbe esistita³³.

Esaminando i fattori nel loro complesso, la Corte ha stabilito che i *drivers* di UberBlack fossero lavoratori autonomi. Si è distinta dal caso *O' Connor* rilevando che, sulla base della legge della California, Uber avesse l'onere di provare che i suoi *drivers* non fossero lavoratori subordinati. In Pennsylvania, la situazione fu ribaltata e la legge applicabile fece ricadere l'onere della prova sui *drivers*, che avrebbero dovuto dimostrare di non essere *independent contractors*³⁴.

È interessante notare che la Corte in *Razak*, come i giudici nei casi *O' Connor* e *Lawson*, abbia lamentato apertamente le difficoltà nell'applicare la tradizionale normativa sul lavoro ad una situazione lavorativa totalmente nuova, creata dall'avvento della *sharing economy*. La Corte ha stabilito che

³¹ *Razak*, cit., 16.

³² *Razak*, cit., 16-19.

³³ *Razak*, cit., 18-19.

³⁴ *Razak*, cit., 14.

“[...] prima di approcciarsi alla distinzione tra lavoratori subordinati e autonomi, ... queste due categorie non sono soltanto due tipi di rapporto lavorativo tutelati dalla legge, anche se possono essere le uniche relazioni rilevanti nel caso concreto. Le *Transportation network companies* (“TNCs”), come Uber e il suo maggiore concorrente americano, Lyft, presentano una nuova forma di organizzazione che sicuramente non esisteva dieci anni fa, disponibile mediante l’utilizzo di “app” installate sugli *smartphone*. Con il tempo, queste forme di organizzazione potrebbero realizzare nuove concezioni dello status di impiego³⁵. Si è ulteriormente ipotizzato che il rapporto tra *drivers* e Uber potrebbe essere meglio descritto come un accordo commerciale di “*joint venture*”³⁶.

4. Soluzioni per il dilemma: un diverso approccio giudiziario e legislativo negli Stati Uniti

La richiesta di cambiamento fatta nei casi *O'Connor*, *Lawson* e *Razak* non è rimasta inascoltata³⁷. Le Corti, i legislatori e gli accademici negli Stati Uniti hanno proposto una gamma di soluzioni al dilemma dell’applicazione della tradizionale normativa lavoristica alle nuove situazioni introdotte dalla *sharing economy*.

In *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*³⁸, la Corte Suprema della California (esercitando la propria autorità di *common law*) ha rivisto radicalmente il test per determinare lo status di lavoratore autonomo/lavoratore subordinato³⁹. La Corte ha condiviso le critiche sulla base delle quali il test fondato sui 13-14 fattori, utilizzato fino a quel momento, richiedesse un cambiamento alla luce dei tempi moderni, in particolar modo per le controversie sul salario e l’orario di lavoro. Di conseguenza, fu istituito un nuovo

³⁵ *Razak*, cit., 13.

³⁶ *Razak*, cit., 13, n. 7.

³⁷ La loro richiesta è stata accolta dalle altre Corti. In tal senso, U.S. District Court, N.D. California, sentenza 11 marzo 2015, *Cotter v. Lyft*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1081-82.

³⁸ Supreme Court of California, sentenza 30 aprile 2018, *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*, 4 Cal.5th 903.

³⁹ Per i commenti dottrinali sul caso *Dynamex v. BURDICK*, *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*, in *BJELL*, 2019, 1, p. 169; SEIBERT, *Protecting the Little Guys: How to Prevent the California Supreme Court’s New “ABC” Test from Stunting Cash-Strapped Startups*, in *JBEL*, 2019, 1, II, p. 181 ss.

standard semplificato, conosciuto come test ABC. In conformità a questo test, in primo luogo, un organismo avrebbe avuto l'onere di provare che la persona che svolgeva quel lavoro fosse un lavoratore autonomo piuttosto che subordinato. In secondo luogo, per far fronte a tale onere, l'organismo avrebbe dovuto provare *ognuno* dei seguenti fattori: “(A) che il lavoratore sia libero dal controllo e dalla direzione, in merito all’esecuzione del lavoro, dell’organismo che l’ha ingaggiato; (B) che chi svolge il lavoro sia esterno all’organizzazione ordinaria di chi l’ha ingaggiato; e (C) che il lavoratore sia abitualmente impegnato in una forma di negoziazione, occupazione o *business* indipendentemente istituito e della stessa natura del lavoro svolto”⁴⁰.

In seguito, è stato presentato dal legislatore della California il *California Assembly Bill*, al fine di codificare la sentenza *Dynamex*. Approvato dal governatore della California a settembre 2019 la legge produrrà i suoi effetti da Gennaio 2020. La legge ha introdotto alcune eccezioni, rimuovendo i medici, gli avvocati, gli agenti assicurativi, i marinai e i commercianti dall’ambito di applicazione del test ABC⁴¹.

Sulla base dello standard di *Dynamex*, sarebbe molto più difficile per le aziende della *sharing economy* stabilire se i loro siano lavoratori autonomi o subordinati. Il fattore B del test creerebbe delle particolari difficoltà nello stabilire, per esempio, che i lavoratori stiano svolgendo un lavoro al di fuori dell’ordinaria attività organizzativa dell’organismo. Se Uber fosse un’azienda di trasporto, essere un suo conducente significherebbe svolgere il lavoro nell’ambito della sua ordinaria organizzazione. Tuttavia, anche il fattore C potrebbe presentare difficoltà. Di certo, un falegname o un idraulico che svolge un lavoro per un dato organismo dovrebbe rientrare in questa condizione: essere abitualmente impegnato mediante un “contratto previsto o stipulato indipendentemente”. Tuttavia, un addetto alle consegne per Grubhub, prevedibilmente, non rispetterebbe quello standard. La consegna di cibo potrebbe non essere una forma di negoziazione stabilita indipendentemente. In più, per esempio, il ricorrente in *Lawson* era un aspirante attore che a Los Angeles eseguiva consegne per Grubhub al fine di guadagnare soldi extra; anche se la consegna a domicilio di cibo fosse considerata una forma di scambio, molti *gig workers* non svolgerebbero abitualmente quel tipo di attività.

⁴⁰ *Dynamex*, cit., 957.

⁴¹ V. California Assembly Bill 5, disponibile in: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5.

Infine, mentre il fattore A sembra abbastanza simile al potere di controllo utilizzato nei test precedenti, si afferma che il lavoratore debba essere “libero” dal controllo.

Un’interpretazione restrittiva potrebbe significare che anche un modesto livello di controllo (come rilevato dalla Corte in *Razak*) potrebbe essere sufficiente a escludere il lavoratore dallo status di *independent contractor*⁴².

Oltre che in California, anche altri legislatori negli Stati Uniti non hanno taciuto su tale questione. Piuttosto che concentrarsi sulla revisione legislativa della definizione di lavoratore subordinato e autonomo, la Città di Seattle ha adottato un approccio differente, stabilendo nel 2015 una nuova ordinanza, che ha riconosciuto ai *drivers* di aziende come Uber e Lyft il diritto di associarsi in sindacato e accedere alla contrattazione collettiva riguardante salario, orario di lavoro, termini e condizioni di impiego, anche in qualità di lavoratori autonomi⁴³. Una soluzione creativa. Piuttosto che preoccuparsi della distinzione tra *employee* e *independent contractor*, che ha causato non pochi problemi, ha semplicemente offerto ai *drivers* lavoratori autonomi, il diritto di accedere alla contrattazione collettiva. Formando un sindacato e negoziando un contratto con Uber (o aziende simili), i *drivers* sarebbero in grado di tutelare il loro stesso lavoro e gli standard salariali. L’ordinanza ha offerto anche la tutela aggiuntiva secondo la quale se il sindacato dei *drivers* e Uber (per esempio) non raggiungessero un accordo collettivo, sarà nominato uno speciale arbitro per determinare i termini di tale accordo. Questo eviterebbe scioperi potenziali e difficili da sostenere⁴⁴.

Comprendibilmente, Uber e la comunità imprenditoriale non hanno reagito passivamente di fronte all’ordinanza di Seattle. Varie azioni sono state intentate al fine di bloccare l’ordinanza. La più seria fu instaurata dalla Camera di Commercio degli Stati Uniti (“Chamber”), per cercare di impedire che l’ordinanza entrasse in vigore⁴⁵. Le due principali argomentazioni portate

⁴² V. CUNNINGHAM-PARMETER, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, in *NIULR*, 2019, 3, pp. 421-423 (ha concluso che, in base al *Dynamex ABC* test, i singoli lavoratori in *Lawson* and *Razak* si sarebbero dovuti ritenere lavoratori subordinati, piuttosto che autonomi).

⁴³ City of Seattle, ordinanza n. 124968 (23 Dicembre 2015), come emendata dalla ordinanza n. 125132 (16 Settembre 2016).

⁴⁴ V. Seattle Municipal Code (SMC) § 6.310.735(I)(2)(a)-(g).

⁴⁵ Altri processi hanno ripreso una causa instaurata da *drivers* che lamentavano violazioni dei loro diritti in base al Primo Emendamento, così come altre richieste. Questa causa è stata

avanti dalla Chamber hanno sostenuto che l'ordinanza di Seattle fosse in contrasto con la legge federale antitrust e con il diritto del lavoro. La c.d. "preemption doctrine" deriva dai principi costituzionali. La legge statale (inclusa quella locale, municipale) non può essere in contrasto con la legge federale, in base alla clausola di supremazia contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti. La Chamber ha argomentato che l'ordinanza di Seattle confliggesse con lo *Sherman Act* di rango federale (che vieta condotte anti-concorrenziali)⁴⁶ e la *National Labor Relations Act*⁴⁷ ("NLRA", che governa i rapporti di lavoro nel settore privato). Entrambe le argomentazioni furono rigettate dal Tribunale di prima istanza, ma l'entrata in vigore dell'ordinanza fu bloccata fino a quando la Corte d'appello non si fosse pronunciata sul caso⁴⁸. A Maggio 2018, in *Chamber of Commerce v. City of Seattle*, la Corte d'appello ha ribaltato in parte l'orientamento del Tribunale⁴⁹.

In generale, la legge federale anti-trust impedisce che le imprese formino un cartello e fissino i prezzi⁵⁰. C'è una deroga lavoristica a questo divieto che permette ai sindacati e ai datori di giungere a una contrattazione collettiva che fissi salari senza infrangere la legge anti-trust. Tuttavia, questa deroga è consentita solo per i sindacati rappresentativi dei lavoratori subordinati e in questo caso i *drivers* erano lavoratori autonomi⁵¹. Di conseguenza, lavoratori autonomi che si coalizzino per fissare livelli salariali agirebbero allo stesso modo di un gruppo di imprese che fissa illegalmente i prezzi. Un'altra deroga è prevista per la "state action" e la Corte ha sostenuto che l'ordinanza di Seattle rientrasse in questa eccezione. Gli Stati potrebbero approvare regolamenti che consentano, ad alcune condizioni, comportamenti anti-concorrenziali⁵².

Il requisito più importante è se la legge dello Stato esprima chiaramente l'intento di consentire una simile condotta in una situazione specifica. Questa

archiviata dal momento che il presunto danno era solo ipotetico v. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, sentenza 9 agosto 2018, *Clark v. City of Seattle*, WL 3763527.

⁴⁶ V. 15 U.S.C. § 1.

⁴⁷ V. 29 U.S.C. § 1 51.

⁴⁸ U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, sentenza 11 maggio 2018, *Chamber of Commerce v. City of Seattle*, 890 F.3d 769, 779 (che sintetizza la storia processuale del caso).

⁴⁹ *Chamber of Commerce*, cit.

⁵⁰ *Chamber of Commerce*, cit., 780.

⁵¹ V. KENNEDY, *Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for Dependent Contractors*, in *BJELL*, 2005, 1, p. 143 ss.

⁵² V. *Chamber of Commerce*, cit., 781.

è un'eccezione con alcuni limiti e le leggi degli Stati non possono consentire condotte anti-concorrenziali.

Nel rispetto dell'ordinanza di Seattle, la città ha invocato due leggi generali dello Stato di Washington che hanno consentito alla città di regolare i servizi di trasporto a chiamata e il noleggio di mezzi di trasporto. Secondo l'ordinanza di Seattle e il Tribunale di prima istanza, con queste leggi, lo Stato si è assunto l'autorità di regolare il noleggio con conducente, come nel caso degli autisti di Uber e di Lyft, consentendo a questi di impegnarsi in una contrattazione collettiva.

La Corte d'appello ha respinto quest'approccio, rilevando la differenza che intercorre tra regolare i servizi di trasporto e i veicoli a noleggio e regolare il rapporto tra i *drivers* e le *app* informatiche⁵³. Cioè, altro è regolare le tariffe dei taxi applicate ai passeggeri, altro è disciplinare le commissioni che Uber applica alle tariffe dei propri *drivers* per l'utilizzo dell'*app* (attraverso la contrattazione collettiva). Infatti, le leggi dello Stato invocate da Seattle sono state adottate molti anni prima che Uber e la sua idea di un'*app* di *ride sharing* nascessero. Date le circostanze, la legge dello Stato di Washington non ha previsto una chiara disposizione che regoli la relazione tra i conducenti e le aziende che hanno sviluppato *app* di *ride sharing* come Uber. Di conseguenza, l'ordinanza è stata contrastata in base alla legge federale anti-trust, fino a quando non è stata applicata la deroga dell'azione statale⁵⁴.

Rispettando l'argomentazione della Chamber, sulla base della quale l'ordinanza avrebbe contrastato con la legge federale sul lavoro, la Corte di appello ha tuttavia confermato la decisione del Tribunale. Ci sono due tipologie primarie di NLRA *preemption*, conosciute rispettivamente come *Machinists* e *Garmon preemption*. Sulla base della *Machinists preemption*, gli Stati non possono disciplinare nessun profilo che la NLRA abbia deciso di lasciare privo di regolamentazione. La Chamber ha affermato che, dal momento che la NLRA ha escluso specificamente gli *independent contractors* dalla sua definizione di lavoratore subordinato, i loro diritti di contrattazione collettiva erano stati di proposito lasciati senza regolamentazione. Questo punto è stato rigettato poiché gli Stati avevano (per esempio) l'autorità di concedere il di-

⁵³ In tal senso, le Corti d'appello sembrano essersi allontanate dalle conclusioni del caso *O' Connor* e dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in base alle quali Uber sarebbe una compagnia di trasporti piuttosto che un'*app* informatica.

⁵⁴ *Chamber of Commerce*, cit., 782-789.

ritto alla contrattazione collettiva a dipendenti pubblici e agricoltori, i quali erano altresì esclusi dalla definizione di lavoratore subordinato della NLRA. In base alla *Garmon preemption*, gli Stati non possono approvare leggi riguardanti condotte verosimilmente tutelate o vietate dalla NLRA. Qui, la Chamber ha affermato che i *drivers* di Uber potrebbero senza dubbio essere considerati come lavoratori subordinati piuttosto che autonomi e pertanto protetti dalla NLRA. Tuttavia, non ha fornito alcuna prova a supporto di quest'affermazione. Il fatto che un'altra istituzione o un'altra Corte possa determinare che i *drivers* siano lavoratori subordinati, in base alla NLRA, in un caso successivo, non costituisce una prova del fatto che i *drivers* siano lavoratori tutelati dalla NLRA. Senza tale prova, non può operare la *Garmon preemption*⁵⁵.

La decisione della Corte d'appello è stata deludente e ha inferto un colpo agli innovativi sforzi di Seattle di garantire il diritto alla contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi in questa nuova forma di economia⁵⁶. Tuttavia, non ha escluso del tutto la possibilità di raggiungere risultati simili in futuro. È ipotizzabile che l'amministrazione di Washington o il legislatore di uno Stato possa elaborare una chiara e specifica legge che riconosca ai *drivers* di Uber o ad altri simili *gig workers* il diritto alla contrattazione collettiva, in grado di confluire in un'azione statale in deroga della legge federale antitrust. In più, secondo la motivazione della Corte d'appello, non sembra essere un problema il fatto che tali leggi statali siano state ostacolate dalla NLRA⁵⁷.

Infine, su di un livello più teorico, gli accademici americani hanno anche dibattuto sulla questione riguardante la risoluzione del dilemma dello status di lavoratore autonomo/subordinato nella *new economy*. Sfortunatamente (ma allo stesso tempo comprensibilmente, data la difficoltà della questione), non

⁵⁵ *Chamber of Commerce*, cit., 791-795.

⁵⁶ V. STEINBAUM, *Antitrust, the Gig Economy, and Labor Market Power*, in *LCP*, 2019, pp. 59-61, critica rispetto alla decisione e alla posizione anti-lavoristica presa sul caso dalla Federal Trade Commission e dal Dipartimento di Giustizia, da cui è emerso che: "l'antitrust è rivolto a soddisfare esigenze legate al capitale e a vigilare sul lavoro" (citazioni interne omesse).

⁵⁷ In generale, per un'analisi comparativa su quanto l'*anti-competition law* di Stati Uniti ed Europa possa influenzare le leggi che si occupano di riconoscere i diritti di contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi v. BIASI, "We Will All Laugh at Gilded Butterflies". *The Shadow of Antitrust Law on the Collective Negotiation of Fair Fees for Self-Employed Workers*, paper presentato alla XXII conferenza mondiale ISLSSL, 4-7 Settembre 2018, Torino, Italia; v. *etiam*, STEINBAUM, *op. cit.*, il quale precisa che le modifiche all'ordinanza di Seattle, con cui i salari sono stati rimossi dall'ambito applicativo della contrattazione collettiva, siano poi stati oggetto di impugnazione).

sembra profilarsi all'orizzonte una soluzione semplice e convincente. Sono state avanzate richieste per la creazione di una nuova ibrida classificazione di "quasi-lavoratore" per i *gig workers*⁵⁸. Questa sembra una conseguenza naturale poiché la giurisprudenza ha mostrato che tali lavoratori hanno le caratteristiche sia dei lavoratori autonomi sia di quelli subordinati. Allo stesso tempo, ci sono punti deboli in questa proposta. In particolar modo, sarebbe complicato comprendere quali *benefit* concedere a questi quasi-lavoratori⁵⁹ e le corti dovrebbero affrontare la questione di ricondurre i *gig workers* a una tra le tre (e non più due) classificazioni potenzialmente applicabili⁶⁰.

Sono state avanzate altre proposte per cambiare il test per lo status di lavoratore subordinato⁶¹: prevedere test marcatamente differenti per le diverse tutele legali⁶² ed eliminare del tutto il bisogno di determinare lo status di lavoratore subordinato⁶³. Le prime due proposte potrebbero rivelarsi fallimentari

⁵⁸ A tal proposito, v. STOKES, *Driving Courts Crazy: A Look at How Labor and Employment Laws do not Coincide with Ride Platforms in the Sharing Economy*, in *NLR*, 2017, 3, p. 853 ss.; REDFEARN, *Sharing Economy Misclassification: Employees and Independent Contractors in Transportation Network Companies*, in *BTLJ*, 2016, p. 1023 ss.; MALIK, *Worker Classification and the Gig Economy*, in *RULR*, 2017, p. 1729 ss.; STAFFORD, *Riding the Line Between "Employee" and "Independent Contractor" in the Modern Sharing Economy*, in *WFLR*, 2016, p. 1223 ss.; ANDOYAN, *Independent Contractor or Employee: I'm Uber Confused! Why California Should Create and Exception for Uber Drivers and the "On-Demand Economy"*, in *GGULR*, 2017, 2, p. 153 ss.

⁵⁹ Benché uno studioso abbia suggerito i seguenti: "(1) vietare discriminazioni basate su preferenze geografiche o classifiche; (2) evitare e impedire potenziali rischi di lavoro minorile o forzato; (3) prevenire che il "labour brokerage" si tramuti in "social arbitrage"; (4) fare valutazioni "portatili" su più piattaforme, portando ad una "identità digitale" complessiva; (5) superare la clausola di esclusiva che lega i lavoratori ad una data piattaforma e continuare a mantenere costi bassi; (6) promuovere forme di accordi collettivi tra lavoratori, clienti e piattaforma", ALOISI, *Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, in *CLLPJ*, 2016, p. 653 ss.

⁶⁰ V. STAFFORD, *op. cit.*, p. 1252.

⁶¹ In tal senso, PIVATEAU, *The Prism of Entrepreneurship: Creating a New Lens for Worker Classification*, in *BLR*, 2018, p. 595 ss., che propone di focalizzarsi sulla "genuina opportunità imprenditoriale" nei test delle realtà economiche; DEBRUYNE, *Uber Drivers: A Disputed Employment Relationship in Light of the Sharing Economy*, in *CKLR*, 2017, p. 289 ss., che suggerisce modifiche al tradizionale test per stabilire l'*employee status*, eliminando alcuni fattori obsoleti e aggiungendone altri; BROWN, *An Uber dilemma: Employees and Independent Contractors in the Sharing Economy*, in *MLRO*, 2016, p. 15 ss.; STEINBERGER, *Redefining 'Employee' in the Gig Economy: Shielding Workers from the Uber Model*, in *FJCFL*, 2018, p. 577 ss., che propone più semplicemente cinque *factor test* per determinare l'*employee status*.

⁶² V. STAFFORD, *op. cit.*, p. 1251.

⁶³ *Ivi*, pp. 1251-1252.

in considerazione della natura di tali test e di quanto complesso sarebbe applicarli; d'altra parte, un semplice test a favore del lavoratore dipendente, come quello applicato dalla Corte Suprema della California in *Dynamex*, rappresenterebbe un efficace progresso. Probabilmente, l'ultima proposta contiene alcune potenzialità, poiché, come nell'ordinanza di Seattle, i diritti basilari, quali quello alla contrattazione collettiva, possono essere legislativamente garantiti a entrambe i soggetti, *independent contractors* ed *employees*. In questo modo, potrebbe essere evitato un lungo processo di determinazione dello status di lavoratore subordinato, così come sarebbe irrilevante se ai *gig workers* fossero riconosciuti gli stessi diritti.

5. Conclusioni

Il problema del *gig work* nella *sharing economy* di certo non è stato risolto dalla normativa lavoristica degli Stati Uniti. Ciononostante, con il passare del tempo, corti e legislatori hanno iniziato ad adottare misure per semplificare e chiarire lo status di tali lavoratori. Alcune di queste, come l'adozione, da parte della Corte Suprema della California, del test semplificato "ABC" per determinare lo status di lavoratore subordinato o l'ordinanza di Seattle, che riconosce agli autisti, lavoratori autonomi, il diritto di associarsi in sindacato e accedere alla contrattazione collettiva, sono particolarmente positive. Ciò soprattutto in ragione del fatto che attendere che la legge federale risolva a breve il problema è irrealistico. Le corti dovrebbero seguire le orme della Corte Suprema della California e utilizzare la propria autorità di *common law* per semplificare i vecchi test di determinazione dello status di *employee*, interfacciandosi alla nuova realtà della *sharing economy* o interpretando e applicando i vecchi test in modo creativo⁶⁴.

Analogamente, seguendo il percorso fornito dalla Corte d'appello nel caso *Chamber of Commerce*, gli Stati e i governi locali possono agire per apprestare una tutela per i *gig workers*, come gli autisti di Uber, senza imbattersi nelle regole della *preemption* federale. Il *focus* sulla garanzia del diritto alla contrattazione collettiva nell'ordinanza di Seattle è particolarmente importante.

⁶⁴ Per un primo commento sull'impatto della sentenza *Dynamex*, SEMUELS, *What Happens When Gig-Economy Workers Become Employees?*, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/09/gig-economy-independent-contractors/570307/> (14 Settembre 2018).

Un buon argomento è quello secondo il quale la sindacalizzazione dei *gig workers* e la contrattazione collettiva debbano essere centrali. Con il riconoscimento della sindacalizzazione e della contrattazione collettiva, questi lavoratori possono vedersi tutelare altri bisogni professionali chiave, come la giusta retribuzione, la sicurezza sul lavoro ed alcuni *benefit* ottenuti tramite la negoziazione piuttosto che con altre leggi⁶⁵.

⁶⁵ V. BIASI, *op. cit.*, pp. 11 e 15, nt. 84, che ha sottolineato come la legislazione irlandese e quella australiana consentano una sindacalizzazione di lavoratori autonomi, e la legge francese permetta una contrattazione collettiva e il diritto di sciopero per i *platform workers*.

Abstract

Di recente, le corti e i legislatori negli Stati Uniti si stanno misurando con gli importanti interrogativi che la *sharing economy* introduce nel diritto del lavoro, in particolare sullo status dei *gig workers*, quali lavoratori subordinati o autonomi. Quanto segue è un esame di alcune importanti decisioni giudiziarie recenti, degli interventi legislativi e della letteratura sul tema. In particolare, nel saggio si approfondisce sia il tema relativo all'introduzione di un test semplificato per lo status di lavoratore subordinato, che consente a molti *gig workers* di essere qualificati come tali, sia la possibilità che a essi siano garantiti i diritti di contrattazione collettiva – indipendentemente dal loro status di lavoratore autonomo – in modo da negoziare forme di tutela adeguate nella nuova *platform economy*.

Recently, courts and legislatures in the U.S. have begun to grapple with the important questions the sharing economy brings to labour law, particularly regarding gig workers status as employees or independent contractors. What follows is an analysis of some recent, key judicial decisions, legislative action and academic literature on the subject. Specifically, the essay deepens both the theme of a simplified test for employee status, resulting in most gig workers becoming employees, and the possibility the collective bargaining rights be granted for gig workers – irrespective of their independent contractor status – to enable them to negotiate adequate protections in the new platform economy.

Key words

Sharing economy, Metodi di qualificazione, Diritto del lavoro statunitense, lavoratore autonomo, azione collettiva.

Sharing economy, Qualification approach, U.S. labour law, independent contractor, collective action.

Lilli Casano

Professionalità e certificazione delle competenze: legge, contrattazione collettiva, autoregolazione

Sommario: **1.** Posizione del problema: i sistemi di riconoscimento della professionalità tra regole e mercato. **2.** L'esplosione della normazione tecnica dei profili professionali: autoregolazione o destrutturazione del quadro giuridico e istituzionale? **3.** Il sistema (per ora virtuale) della certificazione pubblica delle competenze. **4.** Sistema di relazioni industriali ed evoluzione della rappresentanza: il tassello mancante. **5.** L'infrastruttura (ancora mancante) di un moderno mercato del lavoro.

1. Posizione del problema: i sistemi di riconoscimento della professionalità tra regole e mercato

«Quando le discontinuità temporali e le transizioni professionali si avviano a diventare meno eccezionali, diventa necessaria una rete di protezione leggera e universalistica che assista il lavoratore nella transizione di posto o di carriera, aiutandolo a valutare il proprio potenziale e a ricollocarsi in modo adeguato [...] A questo scopo sembra necessario che i passaggi da un impiego all'altro con i quali i singoli costruiscono la propria identità socio-professionale lascino una traccia: una traccia di cittadinanza che potrebbe consistere in una anagrafe generale del lavoro o in un libretto elettronico del lavoratore. Questa è la prima tutela dell'individuo lavoratore, il primo elementare diritto di una sicurezza sociale adatta alla società dei lavori»¹.

In questo passaggio tratto da uno dei suoi contributi più noti, descri-

¹ ACCORNERO, *Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti*, in *Lavoro e Diritto*, a. XV, n. 2, primavera 2001, pp. 303-327, qui p. 319.

vendo le trasformazioni che hanno interessato il lavoro e la necessità di nuove tutele in grado di accompagnare la discontinuità dei tragitti lavorativi, Aris Accornero proponeva di porre al primo posto tra i diritti di cittadinanza sociale da riconoscere ai lavoratori non più la stabilità del posto di lavoro, ma il riconoscimento delle “tracce” lasciate nel passaggio attraverso diversi lavori. Una “traccia di cittadinanza”, appunto (nella forma di una anagrafe elettronica del lavoro o di un “libretto elettronico del lavoratore”), che consentisse di far sì che i passaggi (le transizioni) fossero riconosciuti, certificati, ricomposti. Il riferimento era a una rete di protezione ampia (che includesse misure di politica attiva e ricomponesse anche le tutele assicurative), ma nel ragionamento di Accornero è forte l'enfasi su quella che in termini sociologici si definisce “identità professionale”, che proprio nella società dei lavori concorre in modo sempre più preponderante alla formazione dell'identità sociale.

L'evoluzione tecnologica, dei sistemi economici, dei modelli organizzativi, dei percorsi di carriera, e i processi di globalizzazione – con il conseguente aumento della mobilità internazionale² – hanno da tempo imposto come tema centrale nelle agende di riforma del lavoro il tema della qualificazione, riconoscibilità e trasferimento delle competenze anche come strumento di tutela dei lavoratori in un'ottica promozionale³. Tanto con riferimento agli strumenti per la regolazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, quanto con riferimento ai sistemi di classificazione e inquadramento del personale⁴, tanto nell'ambito della regolazione del lavoro dipendente quanto in quella del lavoro autonomo⁵ e nelle nuove forme di

² Fenomeni già individuati come dirompenti nelle riflessioni elaborate sul volgere del ventesimo secolo, come testimoniato dalle illuminanti intuizioni di Bruno Trentin (si veda TRENTIN, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, 1997 e dello stesso A., *Il lavoro e la conoscenza*, Lectio doctoralis – Università Cà Foscari di Venezia, 13 settembre 2002), ma che acquistano una rinnovata rilevanza a partire dall'affermazione del “paradigma” dell'Industria 4.0, per cui si rimanda a SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, 2017, e alla ampia bibliografia ivi riportata.

³ Si veda CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113, pp. 1-134; GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004; CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2013.

⁴ Il tema è stato oggetto di un recente fascicolo monografico della rivista *Professionalità Studi, Professionalità e contrattazione collettiva*, n.1/II settembre-ottobre 2018, curato da CASANO, CIUCCIOVINO, TOMASSETTI, cui si rimanda per approfondimenti.

⁵ Sul nuovo quadro legislativo del lavoro autonomo, che ha il pregio di valorizzare, seppure

organizzazione del lavoro dettate dai processi di digitalizzazione⁶, l'esigenza di costruire strumenti e standard di riferimento unitari (e sempre più interconnessi a livello globale) per l'individuazione, valutazione e il riconoscimento delle competenze è avvertita da tempo anche nel nostro Paese. Se è ampiamente condivisa l'importanza, per i lavoratori, di "misurare" e "comunicare" le proprie capacità, è ancora aperto l'interrogativo sul "come farlo", considerata la difficoltà di tradurre in uno standard la complessità delle competenze che si vorrebbe misurare⁷.

Sulla scorta di queste considerazioni, l'oggetto di questo contributo è l'insieme degli strumenti di regolazione riguardanti quelli che – utilizzando una espressione mutuata dalle ricerche OCSE sul tema – possiamo definire sistemi di qualificazione (*qualification systems*)⁸ della professionalità, ed in particolare le regole che disciplinano le modalità con cui vengono definiti gli standard di riferimento e le procedure per il suo riconoscimento. Il riferimento è al sistema pubblico di certificazione delle competenze istituito dalla Legge 28 giugno 2012, n. 92 e dal suo decreto attuativo (Decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13), al sistema della normazione tecnica relativo alla certificazione delle attività professionali recentemente valorizzato dalla Legge 16 gennaio 2013, n. 4, e ai sistemi di classificazione e inquadramento del personale nella contrattazione collettiva. Restano per il momento fuori

in un quadro di luci ed ombre, il tema della formazione e della certificazione delle competenze, si vedano i contributi contenuti in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018.

⁶ Si fa riferimento al riconoscimento del diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze nel lavoro agile, pur con le criticità evidenziate, tra gli altri, da GRECO, *L'apprendimento permanente e la certificazione delle competenze nel lavoro agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.* 2018.

⁷ MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *GDLRI*, 2004, pp. 165-201.

⁸ Il riferimento è in particolare al paper a cura di BEHRINGER, COLES, *The role of National Qualification Systems In promoting lifelong learning. Towards an Understanding of the Mechanisms that Link Qualifications and Lifelong Learning*, OECD Working Paper n. 3/2003: "QS have been defined for the purpose of the activity as: the arrangements for the recognition of learning (processes, requirements, provision); and the arrangements that link different qualifications and qualifications and destinations (qualifications, entry rules, credit systems, qualifications pathways and progression routes, and qualifications and standards frameworks)", p. 7. Tale espressione è sufficientemente generale da ricomprendere i tre sotto-sistemi che qui si propone di integrare in quello che, appunto, possiamo definire un sistema di qualificazione della professionalità.

dall'analisi, ma nella consapevolezza che occorre integrarli, i sistemi di qualificazione delle cosiddette professioni "regolamentate" ai sensi dell'articolo 4 del Decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206⁹, con cui si fa riferimento a:

- 1) l'attività, o l'insieme delle attività, il cui esercizio è consentito solo a seguito di iscrizione in Ordini o Collegi o in albi, registri ed elenchi tenuti da amministrazioni o enti pubblici, se la iscrizione è subordinata al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità;
- 2) i rapporti di lavoro subordinato, se l'accesso ai medesimi è subordinato, da disposizioni legislative o regolamentari, al possesso di qualifiche professionali;
- 3) l'attività esercitata con l'impiego di un titolo professionale il cui uso è riservato a chi possiede una qualifica professionale;
- 4) le attività attinenti al settore sanitario nei casi in cui il possesso di una qualifica professionale è condizione determinante ai fini della retribuzione delle relative prestazioni o della ammissione al rimborso;
- 5) le professioni esercitate dai membri di un'associazione o di un organismo di cui all'Allegato I dello stesso decreto.

L'analisi di questo ulteriore segmento richiede, infatti, preliminarmente la risoluzione di un nodo definitorio (e cioè l'esatto perimetro delle professioni regolamentate all'incrocio tra normativa nazionale e comunitaria) che non è possibile affrontare in questa sede.

⁹ Attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nonché della direttiva 2006/100/CE che adegua determinate direttive sulla libera circolazione delle persone a seguito dell'adesione di Bulgaria e Romania.

Tabella 1 – Sistemi di qualificazione della professionalità, relativi standard professionali e processi di riconoscimento

| Sistemi di qualificazione della professionalità | Soggetto competente | Standard di riferimento | Processo di riconoscimento |
|--------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sistema di relazioni industriali | Rappresentanza sindacale e datoriale e sistemi bilaterali | Declaratorie e profili dei contratti collettivi, Standard valutativi dei fondi per la formazione continua | Classificazione del personale, mappatura dei profili professionali del settore, validazione degli apprendimenti |
| Sistema pubblico | Stato, Regioni e enti titolari | Repertorio pubblico (ex art. 8 d.lgs 13/2013) | Certificazione delle competenze ex d.lgs 13/2013 |
| Autoregolazione privata | UNI (normazione) Accredia (certificazione) | Norme e Prassi UNI | Certificazione delle persone (schema PRS) |

Secondo uno tra i principali esponenti dell'approccio del mercati transizionali del lavoro, J. Gautiè, le modalità di formazione, sviluppo e riconoscimento dei contenuti professionali del lavoro hanno una importanza tale da determinare le stesse logiche di funzionamento dei mercati del lavoro¹⁰. Occorre dunque chiedersi quale assetto sia in grado di sostenere i moderni mercati del lavoro in cui è attribuito un ruolo centrale alla occupabilità, e Gautiè individua due possibili strade: quella dei “nuovi” mercati professio-

¹⁰ I mercati interni del lavoro si basano su una formazione generale acquisita all'esterno dell'impresa, sul ruolo cruciale della formazione sul posto di lavoro (cioè specifica) e sulla mobilità (interna) verticale; i mercati professionali (che ne sono una evoluzione) si incardinano su una formazione generale acquisita nell'impresa ma standardizzata e convalidata per esser trasferibile in percorsi di mobilità esterna.

nali, che determinano una ri-mercificazione del lavoro in cui le competenze sono viste come capitale dell'individuo e la principale forma di protezione è l'accesso alle risorse per la formazione e la certificazione delle stesse; quella dei mercati transizionali del lavoro, in cui la formazione e la sua trasferibilità sono una responsabilità della collettività, e alle persone sono riconosciuti come diritti la cui effettiva agibilità dipende dalla esistenza di un coordinamento tra i diversi attori responsabili in particolare a livello locale¹¹.

Senza volersi spingere fino ad attribuire un ruolo risolutivo a questi temi nell'orizzonte di un ripensamento generale dei modelli di regolazione del lavoro, sembra però doveroso riconoscere che dal momento in cui la professionalità¹² acquista una rinnovata centralità nella regolazione del lavoro, e preso atto che essa si costruisce non più nell'ambito di un unico rapporto di lavoro, ma in diversi posti, ruoli, mestieri, le modalità del suo riconoscimento e della sua valorizzazione assumono una importanza che va oltre gli stretti confini – anche disciplinari – in cui il tema è stato finora relegato.

Tali processi sono sempre più legati alla esistenza di standard di riferimento unitari, riconosciuti dalla legge e dal mercato, comprensibili e utilizzati da persone, operatori del mercato del lavoro, sistema di istruzione e formazione, imprese, correlati con standard internazionali. Questi elementi non sono affatto scontati sul piano della loro concreta realizzazione, in Italia come in molti altri Paesi europei, come documentato dal CEDEFOP nelle periodiche indagini sulla attuazione dei *National Qualification Frameworks*¹³.

Il duplice processo di costruzione di sistemi di individuazione, validazione, e certificazione delle competenze e di costruzione di quadri nazionali (correlati a standard internazionali) delle qualifiche è caratterizzato, infatti, da una elevata complessità, riconducibile principalmente ai seguenti fattori: numero e tipologia di attori coinvolti, interdipendenza tra molteplici ambiti di intervento, articolazione delle competenze legislative su più livelli istituzionali, necessità di coordinamento tra diverse fonti (e forme) di regolazione. A dispetto della scarsa attenzione riservata dai giuslavoristi a questi temi¹⁴,

¹¹ GAUTIÈ, *Lavoro, dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione*, in *Assistenza sociale*, 2003, 1-2, pp. 29-74.

¹² NAPOLI, *La professionalità*, Vita e pensiero, 2004. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004.

¹³ CEDEFOP, *National Qualification Frameworks developments in Europe 2017*, Publications Office of the European Union, 2018.

¹⁴ Tra i pochi ad occuparsi del tema CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giap-

tale complessità bene esemplifica le sfide più generali con cui si confronta il diritto del lavoro e in particolare quella particolare area di indagine identificabile con la regolazione del mercato del lavoro¹⁵.

Nel nostro Paese, un tassello fondamentale è rappresentato dalla l. 92/2012¹⁶ che ha delegato al governo la definizione delle norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti acquisiti in contesti non formali e informali, delineando l'infrastruttura del sistema pubblico nazionale di certificazione delle competenze, che è stato poi disciplinato dal d.lgs. 13/2013, il quale si articola appunto in due linee di intervento prioritarie:

a) la costituzione di un repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali;

b) la definizione degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze (di processo, di attestazione, di sistema).

In parallelo al faticoso processo di edificazione di un sistema pubblico di certificazione delle competenze, negli ultimi anni si è intensificato il processo di formazione di norme tecniche UNI¹⁷ per la qualificazione di attività professionali, in risposta a quelle che possiamo definire “richieste del mer-

pichelli, 2013; della stessa A. vd. anche *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, ASTRIL Working Paper 2018, 36; VIMERCATI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze: strategie, soggetti e funzioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013; VALENTE, *La certificazione delle competenze nel decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, in *Studi in memoria di Gianni Garofalo*, Cacucci, 2015; TESSAROLI, *Verso la certificazione delle competenze*, in *RDSS*, 2014, 2, pp. 243 e ss.

¹⁵ MITCHELL, ARUP, *Dal diritto del lavoro al diritto del mercato del lavoro*, in *DRI*, 2008, 2, pp. 293-310; DEAKIN, WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, Oxford University Press, 2005.

¹⁶ Per la prima volta con la cosiddetta “Riforma Fornero” nel nostro ordinamento si riconosce formalmente il diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti (formali, non formali, informali), sebbene come forma di tutela compensativa della accresciuta flessibilità (in entrata e in uscita) del mercato del lavoro. Sia consentito rimandare a BERTAGNA, CASANO, TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in (a cura di) MAGNANI, TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012; CASANO, *All'incrocio tra formazione e lavoro: problemi e prospettive del sistema di validazione degli apprendimenti e certificazione delle competenze in Italia*, in *Prospettive Educazione Permanente*, 2013, 3, pp. 59-70.

¹⁷ UNI - Ente Nazionale Italiano di Unificazione - è un'associazione privata senza scopo di lucro riconosciuta dallo Stato e dall'Unione Europea (ai sensi dell'articolo 27 del regolamento (UE) n. 1025/2012), che da quasi 100 anni elabora e pubblica norme tecniche volontarie - le norme UNI - in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario

cato” relative alla crescente esigenza di riconoscibilità da parte di nuove professioni. La Legge 14 gennaio 2013, n. 4 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate) attribuisce a tali norme e ai relativi processi di certificazione un ruolo centrale, perché è su di esse che poggia il sistema di riconoscimento della professionalità per le professioni non organizzate in ordini e collegi, con la duplice finalità di garantire un alto livello qualitativo ai servizi offerti sui mercati di riferimento e di regolare la competizione tra professionisti, affidando un ruolo centrale alle associazioni di rappresentanza degli stessi sia sul fronte della definizione degli standard che su quello della certificazione delle competenze¹⁸.

Sullo sfondo restano i sistemi di classificazione e inquadramento del personale contenuti nel nostro Paese nei contratti collettivi nazionali di lavoro che hanno da sempre assolto in modo più o meno efficiente al duplice compito di regolare il mercato interno (definendo i termini della esecuzione della prestazione di lavoro e i connessi aspetti retributivi, organizzativi, disciplinari), ma anche il mercato esterno del lavoro, correlando le dinamiche interne di allocazione e organizzazione del lavoro al mercato esterno e incidendo sulla competizione tra gruppi professionali¹⁹. Se è generalizzata la consapevolezza della necessità di un ammodernamento di tali sistemi, pochi sono stati gli interventi concreti in tale direzione, e limitato anche in sede scientifica lo sforzo per un loro reale ripensamento in vista di un adeguamento alle attuali esigenze di regolazione del lavoro (*cf.* § 4).

Tutto ciò precisato, l’integrazione tra tali sistemi di standard e le relative procedure di riconoscimento della professionalità pare cruciale per dotare i lavoratori di una nuova sicurezza, quella della valorizzazione e capitalizzazione delle proprie competenze come leva di autonomia e forza contrattuale nell’impresa e sul mercato. Tale obiettivo è stato però trascurato dal Legislatore, che non si è mai preoccupato (se non nel “Testo Unico” dell’apprendistato di cui al Decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, ora abrogato)²⁰ di assicurare adeguati raccordi tra il sistema pubblico di certificazione delle

¹⁸ Sia consentito rimandare ad un precedente contributo di chi scrive: CASANO, *Il lavoro (autonomo) tra vecchie tutele e promozione della professionalità: i limiti della legge n. 81/2017 e l’attualità della legge n. 4/2013*, in *DRI*, 2018, 2, pp. 430-456.

¹⁹ CASANO, CIUCCIOVINO, TOMASSETTI, *Professionalità e contrattazione collettiva: ragioni e contenuti di un fascicolo monografico sul tema*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 1-8.

²⁰ Si veda TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Collana Le Nuove Leggi Civili, 2011.

competenze e i sistemi di classificazione e inquadramento del personale della contrattazione collettiva, limitando per contro alle sole professioni non regolamentate, collocate nell'area grigia tra autonomia e subordinazione di stampo tradizionale, la costruzione dei canali di comunicazione con il sistema di certificazione delle attività professionali sulla base di norme tecniche UNI.

Uno strumento predisposto al fine di assicurare unitarietà ad un sistema di qualificazione di fatto frammentario e non coordinato dovrebbe essere la definizione di un quadro comune di standard di riferimento, introdotto peraltro in risposta alle sollecitazioni comunitarie in vista della referenziazione delle qualifiche nazionali al Quadro Europeo delle Qualifiche (EQF). Secondo quanto stabilito dal d.lgs. 13/2013, una volta a regime il sistema nazionale di certificazione delle competenze, saranno oggetto di certificazione unicamente le competenze riferite a qualificazioni ricomprese in un Repertorio unico nazionale, che sarà costituito da tutti i repertori pubblicamente riconosciuti dei titoli di istruzione, formazione e delle qualificazioni professionali²¹. Il Legislatore ha dunque individuato nel Repertorio unico un elemento di raccordo tra standard pubblici e ulteriori sistemi di riconoscimento della professionalità. In tal senso il sistema italiano sarebbe in linea di principio riconducibile al modello onnicomprensivo (tendente a includere tutte le qualifiche ottenibili nei diversi sistemi di apprendimento, riconoscendo ad essi pari dignità), prevalente nel panorama europeo²². Continua a rimanere inevaso, tuttavia, il nodo di un collegamento con i sistemi di classificazione e inquadramento del personale nella contrattazione collettiva che rappresenta il vero tassello mancante del sistema. Ad oggi, ad ogni modo, il Repertorio unico previsto dall'art. 8 d.lgs. 13/2013 non è ancora stato istituito, e altrettanto complesso è il panorama dei dispositivi per la individuazione, validazione e certificazione delle competenze, che d'altra parte non possono considerarsi pienamente operativi in assenza del primo.

Nei prossimi paragrafi si analizzeranno presupposti, caratteristiche e modalità di funzionamento dei diversi dispositivi di riconoscimento della pro-

²¹ Secondo l'art. 8, co. 3 d.lgs. 13/2013: "Il repertorio nazionale è costituito da tutti i repertori dei titoli di istruzione e formazione, ivi compresi quelli di istruzione e formazione professionale, e delle qualificazioni professionali tra cui anche quelle del repertorio di cui all'articolo 6, comma 3, del testo unico dell'apprendistato, di cui al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, codificati a livello nazionale, regionale o di provincia autonoma".

²² Sia consentito il rimando a CASANO, *Quadri nazionali delle qualifiche: la situazione italiana alla luce degli sviluppi europei*, in *DRI*, 2015, 3, pp. 905-914.

fessionalità afferenti ai tre differenti ambiti di regolazione, per rispondere alla domanda se siano in corso dinamiche di competizione o integrazione tra diversi sotto-sistemi e fonti di regolazione.

Si approfondirà in primo luogo il tema della normazione tecnica nel settore della qualificazione delle attività professionali analizzandone principi e strumenti; si analizzeranno a seguire il sistema pubblico di certificazione delle competenze e i sistemi di classificazione e inquadramento del personale, per trarre infine nell'ultimo paragrafo delle conclusioni sulla necessità di una logica di sistema in cui collocare i processi di riconoscimento della professionalità qui analizzati.

2. *L'esplosione della normazione tecnica dei profili professionali: autoregolazione o destrutturazione del quadro giuridico e istituzionale?*

Come ricordava Supiot nella sua *Critique du droit du travail* del 1994, la legge ha da sempre “fatto i conti” con norme di diversa natura (economica, biologica, sociale/morale) che ne condizionano lo sviluppo. Piuttosto che temere l'assoggettamento del diritto del lavoro a norme “tecniche”, secondo Supiot, occorre comprendere le differenze tra legge e altre norme nella regolazione della relazione di lavoro, non tanto ai fini di una contrapposizione, quanto ai fini della ricerca di una possibile complementarità. Occorre dunque accettare che esse si limitano a vicenda, e a tracciare la linea di demarcazione tra le due, che per Supiot è sostanzialmente la persona²³ che non può semplicemente essere “normalizzata” come altri elementi del mondo naturale.

La normazione tecnica nell'ambito della qualificazione delle attività professionali si è sviluppata in parallelo alla evoluzione del quadro legislativo europeo sul riconoscimento delle qualifiche e ha riguardato dapprima figure professionali collegate a prodotti o tecnologie già normati (quali i processi di saldatura), in un secondo momento professioni “nuove”, fino alla ampia interpretazione data dall'Ente italiano di normazione UNI che ha ne esteso l'ambito di applicazione possibile a tutte le attività professionali non regolamentate. UNI definisce gli standard attraverso l'attività di normazione, mentre la certificazione sulla base di tali standard è di competenza dell'Ente

²³ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, pp. 280 e ss.

italiano di accreditamento Accredia²⁴ che ha stabilito apposite procedure e uno schema di riferimento che devono essere rispettati da tutti i soggetti accreditati per questa funzione.

Nel 2011 UNI ha costituito la commissione tecnica “Attività professionali non regolamentate”, che ha l’obiettivo di definire terminologia, principi, caratteristiche e requisiti relativi alla qualificazione di attività professionali e/o professioni non regolamentate. Occorre fin da ora precisare, tuttavia, che l’attività di produzione di norme riguardanti attività professionali si svolge anche in altre commissioni²⁵ non specificamente connesse alla normazione di attività professionali non regolamentate, e può riguardare ogni tipo di attività professionale (esercitata in forma di lavoro dipendente o autonomo).

L’attività di normazione condotta in UNI ha portato già alla creazione di un numero molto consistente di norme sui profili professionali²⁶, e ha assunto una particolare rilevanza in seguito alla approvazione della l. 4/2013 sulle professioni non organizzate. La legge ha previsto, tra le altre cose, l’autoregolamentazione volontaria per la qualificazione delle figure professionali: una professione non organizzata può essere qualificata cioè attraverso la certificazione rilasciata da un organismo accreditato (da Accredia) in conformità alla norma UNI definita per quella specifica attività. È bene ricordare come secondo l’art. 1 l. 4/2013, per «professione non organizzata in ordini o collegi», si intende l’attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, in forma individuale, in forma associata, societaria, cooperativa o nella forma del lavoro dipendente. Sono molte le attività di più recente configurazione,

²⁴ Ente designato dal governo italiano ad attestare la competenza, l’indipendenza e l’imparzialità degli organismi e dei laboratori che verificano la conformità dei beni e dei servizi alle norme, in linea con quanto stabilito dal Regolamento CE 765/2008 e dalla norma internazionale ISO/IEC 17011.

²⁵ Tra queste, a titolo esemplificativo, la commissione tecnica “Responsabilità sociale delle organizzazioni” che sta al momento lavorando sulla creazione di una norma riguardante i profili professionali della funzione risorse umane.

²⁶ L’elenco delle norme UNI relative alle attività professionali “non regolamentate”, aggiornato ad aprile 2019, è disponibile sul sito UNI: scorrendolo emerge la varietà dei profili normati, dal progettista sociale al carpentiere, dal manager HSE (Health, Safety, Environment) all’igienista industriale, dai profili professionali per l’ICT a quelli relativi al trattamento e alla protezione dei dati personali, dal sociologo al chinesiologo, al fisico professionista, al project manager, fino al personale tecnico delle imprese che trasformano i veicoli per l’uso dei gas GNC e GPL, ecc.

diverse tra di loro e diffuse soprattutto nel settore dei servizi, che presentano queste caratteristiche, da ciò la necessità di normare il settore al fine di garantire qualità agli utenti e certificare la professionalità dei lavoratori. È bene sottolineare che l'obiettivo della certificazione della professionalità è in questo caso prioritariamente legato ad una necessità di regolazione del mercato di riferimento e all'obiettivo di innalzare il livello di qualità dei servizi prestati, e un ruolo fondamentale in questo processo è assegnato dalla l. 4/2013 alle associazioni professionali, che possono farsi diretti garanti della professionalità degli iscritti, sia contribuendo alla elaborazione delle norme UNI sui profili professionali, sia certificando il possesso dei requisiti di professionalità. Si porta così a compimento anche nel nostro Paese il processo di istituzionalizzazione di un sistema di regolamentazione alternativo a quello degli ordini professionali, che mira a coniugare esigenze di riconoscimento dei nuovi professionisti, di qualità dei servizi per la collettività, di rispetto della libertà di iniziativa economica dei soggetti e della libertà di scelta dei consumatori, processo già prefiguratosi alla fine dello scorso decennio²⁷.

Ciò è coerente con quanto previsto dalla l. 92/2012 (*vd* § successivo), che all'art. 4 co. 59 prevedeva che con riferimento alle certificazioni di competenza fosse considerato anche “il ruolo svolto dagli organismi di certificazione accreditati dall'organismo unico nazionale di accreditamento ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008”. L'art. 4, co. 5, del d.lgs. n. 13/2013 sulla certificazione delle competenze, specifica, infatti, che gli enti titolati ad erogare il servizio, nel caso in cui lo erogano in conformità alle norme tecniche UNI, dovranno essere in possesso dell'accREDITAMENTO rilasciato da Accredia.

Lo “schema personale” di Accredia (PRS) è adottato al momento da più di 50 organismi di certificazione, ma è uno degli schemi con il maggiore trend di crescita, poiché dopo la promulgazione della l. 4/2013 sono aumentate le richieste di accREDITAMENTO in diversi settori. Tra gli organismi accREDITATI, a titolo meramente esemplificativo, si ritrovano società che si occupano di certificazioni di qualità in altri settori, ma anche il Politecnico di Milano e il Fondo interprofessionale per la formazione continua del settore banche e assicurazioni (FBA - Fondo Banche e Assicurazioni), accREDITATO per certificare più di venti profili professionali del settore sulla base delle relative prassi di riferimento codificate in sede UNI (*vd*. § 4).

²⁷ MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *ADL*, 2008, 8, pp. 1-22.

È evidente l'importanza che l'attività di normazione si svolga secondo precise regole e nel rispetto di determinati principi e proprio a tal fine la l. 4/2013 prevede che le associazioni di rappresentanza dei professionisti e le loro forme aggregative collaborino all'elaborazione delle norme tecnica UNI partecipando ai lavori degli organi tecnici, proprio «al fine di garantire la massima consensualità, democraticità e trasparenza» (articolo 9, comma 1). Come già spiegato, la l. 4/2013 interviene in un ambito in cui però già da diversi anni si era avviato, in una situazione di vuoto legislativo, un processo di proliferazione di norme sui profili professionali, imponendo una importante torsione in direzione di un controllo (invero abbastanza blando) da parte dell'attore pubblico, ma soprattutto da parte del mondo della rappresentanza.

Il Legislatore ribadisce innanzitutto che tre principi devono connotare l'elaborazione della norma UNI, invero già presenti sia nella legislazione europea, sia nella regolamentazione interna UNI: massima consensualità, democraticità e trasparenza. La consensualità richiede il consenso di coloro che partecipano ai lavori di redazione della norma, che a tal fine devono essere adeguatamente pubblicizzati e garantire la partecipazione di tutti gli attori rilevanti. La democraticità si sostanzia nella possibilità, garantita a tutti i partecipanti, di formulare osservazioni sulla norma e avere eguale peso nelle decisioni riguardanti il suo sviluppo e la sua approvazione. Il principio della trasparenza richiede la pubblicazione del risultato di un progetto di norma, anche mediante "inchieste" pubbliche preliminari.

L'attività di normazione deve, più in generale, seguire altri principi e in particolare coerenza, volontarietà, indipendenza, efficienza, aderenza alle attuali esigenze del mercato. La declinazione di questi principi implica certamente un processo prodromico condiviso tra tutti gli attori interessati e non consente una determinazione unidirezionale e unilaterale dei processi di formazione delle norme. Altra cosa rispetto alle norme sono le "prassi di riferimento", che sono in relazione con le norme in quanto possono (ma non devono) costituirne una utile attività preparatoria. E infatti la stessa UNI chiarisce che si tratta di contenuti caratterizzati da un limitato coinvolgimento delle parti interessate (e quindi da un basso livello di consenso). Possono diventare norma solo a una condizione, ossia proprio la condivisione di tutto il "mercato" di riferimento.

Buona parte delle attuali attività di certificazione delle attività professionali si basa oggi, tuttavia, proprio su prassi di riferimento, e non su norme.

UNI ha previsto a tal proposito un meccanismo di conversione delle prassi in norme, alla luce del riferimento esplicito operato dalla l. 4/2013 alle *norme*, e non a diversi prodotti della normazione tecnica. Tale pratica, tuttavia, se non condotta nel rispetto dei principi sopra menzionati, rischia di creare meccanismi distorsivi. Le prassi di riferimento sono soggette ad una procedura semplificata ai fini della loro approvazione e possono di fatto essere proposte (previo pagamento di un corrispettivo a UNI) da qualsiasi soggetto privato che abbia un interesse alla codifica di una prassi su un profilo professionale.

Questo aspetto risulta ancor più cruciale ove si consideri l'incidenza della normativa tecnica nell'attuale quadro legislativo in materia di professioni, e in particolare i richiami operati dalla l. 4/2013. L'art. 6, co. 1 della legge sopra menzionata stabilisce che «La qualificazione della prestazione professionale si basa sulla conformità della medesima a *norme tecniche* UNI ISO, UNI EN ISO, UNI EN e UNI» e che le norme tecniche costituiscano «principi e criteri generali che disciplinano l'esercizio autoregolamentato della singola attività professionale», assicurandone la qualificazione.

Ne discende che la norma tecnica volontaria non risulta più una mera norma privatistica, ma assolve ad una funzione di maggior respiro e per certi aspetti dirimente, nel garantire la qualità delle prestazioni professionali offerte dai professionisti. La distinzione tra prassi e norma UNI, e in particolare il rispetto delle procedure previste per l'elaborazione delle norme riguardanti i profili professionali, acquistano, dunque, una particolare rilevanza in questo quadro, anche al fine di assicurare gli adeguati raccordi tra sotto-sistemi: da un lato, le regole pubbliche per la certificazione delle competenze; dall'altro, l'autoregolamentazione collettiva ad opera delle parti sociali, che dovrebbero in linea di principio essere puntualmente coinvolte nell'attività di normazione tecnica proprio al fine di assicurare la corrispondenza di tali attività con la realtà e le necessità delle imprese e dei lavoratori.

3. *Il sistema (per ora virtuale) della certificazione pubblica delle competenze*

Il sistema pubblico di certificazione delle competenze introdotto dalla «Riforma Fornero» e dal d.lgs. 13/2013 ha l'obiettivo di consentire a tutti i cittadini l'accesso a servizi pubblici di individuazione, validazione e certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti formali, non formali e

informali, in collegamento con il diritto all'apprendimento permanente. La certificazione assume il valore di atto pubblico ed è possibile con riferimento a tutte le competenze riferite a qualificazioni contenute in un repertorio nazionale, che diventa dunque lo strumento di correlazione tra i diversi standard esistenti nel mondo del lavoro, dell'istruzione, della formazione, ecc. Ogni cittadino interessato a rendere riconoscibili le proprie competenze, maturate in tutti i contesti (incluso il lavoro), può rivolgersi ad un ente titolato ad erogare i servizi²⁸ al fine di ottenerne la certificazione. La "competenza" (espressa in termini di conoscenze, abilità, autonomia e responsabilità) è l'unità minima certificabile, ciò proprio al fine di mettere in comunicazione standard di qualificazione differenti, ma che si presuppone siano tutti basati su tale unità minima.

Il sistema si è dunque sviluppato intorno a due assi prioritari: da un lato, la definizione di procedure uniformi a livello nazionale per la individuazione, validazione e certificazione delle competenze; dall'altro, l'istituzione di un repertorio unico delle qualificazioni professionali per la definizione degli standard di certificazione. Sul primo fronte, le criticità del sistema introdotto nel 2013 sono state ampiamente documentate in altre sedi cui si rimanda²⁹, qui rileva solo sottolineare come a fronte di un sistema complesso e rigido sul fronte della selezione degli operatori e degli standard di processo, sistema e attestazione³⁰, l'accesso ai servizi di individuazione, validazione e certifica-

²⁸ Il d.lgs. 13/2013 individua gli enti titolari delle funzioni di individuazione, validazione e certificazione delle competenze, in riferimento ai rispettivi ambiti di competenza: 1) il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per le competenze riferite ai titoli di studio del sistema scolastico e universitario; 2) le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, per le competenze riferite a qualificazioni rilasciate nell'ambito delle rispettive competenze; 3) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, per le competenze riferite a qualificazioni delle professioni non organizzate in ordini o collegi; 4) il Ministero dello sviluppo economico e le altre autorità competenti in materia di individuazione e validazione e certificazione di competenze riferite a qualificazioni delle professioni regolamentate. Gli enti *titolari* sono a loro volta chiamati a individuare (in relazione agli ambiti di titolarità di cui sopra) degli enti *titolati*, cioè soggetti, pubblici o privati, autorizzati o accreditati dall'ente pubblico titolare, ovvero deputati a norma di legge statale o regionale, a erogare in tutto o in parte servizi di individuazione, validazione e certificazione delle competenze.

²⁹ BERTAGNA, CASANO, TIRABOSCHI, 2012, *op. cit.*; CASANO, 2013, *op. cit.*; ricostruisce il dibattito evidenziando diverse posizioni CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, cit.

³⁰ Con riferimento al processo (art. 5 d.lgs. 13/2013), esso dovrà consistere delle tre fasi sopra richiamate (identificazione, valutazione e attestazione) e prevedere l'adozione di misure personalizzate di informazione e di orientamento nei confronti dei destinatari. L'attestazione

zione delle competenze è demandato alla libera iniziativa del cittadino, senza alcun coinvolgimento delle imprese, in assenza di risorse dedicate (se non addirittura prevedendo costi a carico dell'interessato), e nel quadro di un impianto pubblicitario in cui molto limitato è stato il coinvolgimento delle parti sociali sul fronte della definizione delle procedure e su quello della definizione degli standard, come argomenteremo di seguito. In tale contesto, dopo quasi sei anni e a fronte di intensi sforzi profusi nella diffusione e armonizzazione dei sistemi regionali (spesso carenti o assenti), ad oggi la certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti di apprendimento non può definirsi un diritto realmente esigibile, sia per le caratteristiche del dispositivo sopra brevemente richiamate sia per la incompleta attuazione del sistema.

Il Repertorio unico previsto dall'art. 8 del d.lgs. 13/2013, infatti, non è ancora stato istituito. Sono state però create alcune componenti della complessa infrastruttura tecnica e informativa necessaria al suo funzionamento.

Il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del 30 giugno 2015, ha definito un quadro operativo per il riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni regionali e delle relative competenze. È stato inoltre creato l'Atlante del Lavoro e delle Qualificazioni, un *database* con finalità classificatorie e informative realizzato sulla base delle sequenze descrittive della Classificazione dei settori economico-professionali, che contiene ad oggi due macro sezioni: a) Atlante Lavoro, che descrive i contenuti del lavoro in 24 settori economico professionali seguendo uno schema che individua

(art. 6) dovrà contenere una serie determinata di elementi: 1) i dati anagrafici del destinatario; 2) i dati dell'ente pubblico titolare e dell'ente titolato; 3) le competenze acquisite, indicando, per ciascuna di esse, almeno la denominazione, il repertorio e le qualificazioni di riferimento; 4) i dati relativi alle modalità di apprendimento e valutazione delle competenze. Ove la modalità di apprendimento sia formale dovranno essere indicati i dati essenziali relativi al percorso formativo e alla valutazione, ove la modalità sia non formale ovvero informale dovranno essere riportati i dati essenziali relativi all'esperienza svolta. L'attestazione dovrà, infine, essere registrata sul Libretto formativo del cittadino (oggi sostituito dal Fascicolo elettronico del lavoratore istituito dal d. lgs. 150/2015). Gli enti titolari, nei rispettivi ambiti di competenza, dovranno garantire standard minimi anche a livello di sistema (art. 7): l'adozione di uno o più repertori delle qualifiche, una regolamentazione uniforme delle condizioni di fruibilità del servizio, format e procedure standardizzati, adeguata informazione e pubblicizzazione dei servizi, personale con requisiti professionali idonei alla erogazione dei servizi, il collegamento alla dorsale informativa unica istituita dall'art. 4, co. 51, della legge n. 92 del 28 giugno 2012 (oggi sostituita dal Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro istituito dal d.lgs. 150/2015).

per ciascun settore i processi di lavoro, le sequenze di processo, le Aree di attività (ADA) e le attività specifiche; b) Atlante e professioni che raccoglie le Professioni regolamentate (Direttiva 2005/36/CE e successive integrazioni) e il Repertorio delle professioni dell'apprendistato (costituito da tutti i profili presenti nei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro relativi all'apprendistato professionalizzante)³¹. È in questa seconda sezione che dovranno confluire anche le qualificazioni relative alle professioni non organizzate in ordini e collegi ex l. 4/2013. Un'altra sezione riguarderà poi le qualificazioni rilasciate nei diversi ambiti del sistema di apprendimento permanente: scuola, istruzione e formazione professionale, formazione superiore e formazione professionale regionale.

Un ulteriore tassello è introdotto dal Decreto legislativo 14 settembre 2015, n.150, che istituendo l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL), le attribuisce, tra gli altri compiti, lo sviluppo e la gestione integrata dei sistemi informativi unitari sulle politiche del lavoro e sul sistema di formazione professionale, per il funzionamento dei quali si rende necessario individuare le forme di raccordo strategico e funzionale con il Repertorio unico di cui al d.lgs. 13/2013. Il d.lgs. 150/2015 introduce inoltre il fascicolo elettronico del lavoratore, che sostituisce il Libretto formativo del cittadino istituito dal Decreto legislativo n. 276/2003, e conterrà le informazioni relative ai percorsi educativi e formativi, ai periodi lavorativi, alla fruizione di provvidenze pubbliche e ai versamenti contributivi ai fini della fruizione di ammortizzatori sociali di tutti i cittadini³². Anche su questo fronte è molta ancora la strada da fare: per realizzare il fascicolo elettronico del lavoratore, all'ANPAL è affidato il compito di istituire e gestire l'albo nazionale degli enti di formazione accreditati e realizzare il sistema informativo della formazione professionale, dove sono registrati i percorsi formativi svolti dai soggetti residenti in Italia, finanziati in tutto o in parte con risorse pubbliche. L'ANPAL dovrà poi definire apposite modalità di lettura delle infor-

³¹ Tuttavia, in queste sezioni, non è disponibile la declinazione in termini di attività e competenze dei profili professionali, ma, nel caso delle professioni regolamentate, un link al database della Commissione Europea sulle professioni regolamentate che contiene schede tecniche con informazioni sulla regolamentazione della professione a un elenco delle principali attività che la caratterizzano; nel caso dell'apprendistato, solo elenchi con le denominazioni dei profili, associati alla Classificazione delle professioni ISTAT 2011.

³² In tema vedi: ALAIMO, *Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro (SIUPoL) e Fascicolo Elettronico del Lavoratore (FEL)*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dopo il Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, pp. 109-116.

mazioni in esso contenute allo scopo di certificare i percorsi formativi seguiti e le esperienze lavorative effettuate.

Con il Decreto 8 gennaio 2018 riguardante l'istituzione del Quadro nazionale delle qualificazioni (QNQ) rilasciate nell'ambito del Sistema nazionale di certificazione delle competenze si compie un ulteriore passo avanti, in direzione del raccordo tra livello nazionale ed europeo: il QNQ è infatti il dispositivo attraverso cui è resa possibile la referenziazione di tutte le qualificazioni a uno degli otto livelli del Quadro europeo delle qualifiche (EQF). Tale decreto definisce le dimensioni e i livelli attraverso cui occorre descrivere le qualificazioni al fine di consentirne la referenziazione con il quadro europeo delle qualifiche, ribadendo che l'unità minima di riferimento sono le competenze³³ declinate in termini di abilità, conoscenze, autonomia e responsabilità.

4. *Sistema di relazioni industriali ed evoluzione della rappresentanza: il tassello mancante*

I sistemi di classificazione e inquadramento della contrattazione collettiva sono da tempo accusati, nel nostro Paese, di obsolescenza e scarsa reattività ai profondi cambiamenti che hanno investito il lavoro e le professioni, in tutti i settori e a tutti i livelli di qualificazione. Ciò ha determinato una loro perdita di centralità come fonte primaria di regolazione dell'organizzazione del lavoro e di riconoscimento della professionalità. La principale direttrice di cambiamento suggerita in letteratura ormai da decenni³⁴ è il

³³ Il QNQ assume il concetto di competenza quale comprovata capacità di utilizzare, in situazioni di lavoro, di studio o nello sviluppo professionale e personale, un insieme strutturato di conoscenze e di abilità acquisite nei contesti di apprendimento formale, non formale o informale, ai sensi del decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13.

³⁴ Cfr. MAGNANI, *op. cit.*, pp. 169 e ss. D'obbligo il riferimento, qui riportato, a F. Carinci, che già nel 1985, sottolineava come le nuove classificazioni fossero chiamate a interpretare una nuova realtà professionale, valorizzando le conoscenze e capacità richieste non per svolgere attività ben definite, ma per agire e reagire rispetto a situazioni mutevoli, create da un'organizzazione produttiva informatizzata e automatizzata. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in Aidlass, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti dell'VIII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Napoli 12-14 aprile 1985, Giuffrè, 1986, p. 32. Simili considerazioni sono state espresse, nell'ambito di un interessante studio sulla dimensione giuridica del concetto di competenza, da GUARRIELLO, *Per un approccio giuridico al tema delle compe-*

passaggio dal concetto statico di mansione ad un concetto dinamico di ruolo, che valorizza competenze e capacità, con la definizione di profili a banda larga che consentano una maggiore flessibilità ma anche una maggiore adattabilità in risposta alle evoluzioni imposte dai cambiamenti organizzativi, dei mercati ma anche in ragione di istanze di evoluzione professionale dei lavoratori. Ciò significherebbe sostituire sistemi di classificazione basati sul posto ricoperto e sulle mansioni contrattuali con sistemi in grado di valorizzare, appunto, la professionalità del lavoratore in termini di patrimonio professionale e competenze.

Tale prospettiva, caldeggiata dagli studiosi delle organizzazioni e recepita anche in ambito giuslavoristico, è stata però a lungo ignorata dagli attori del sistema di relazioni industriali, sebbene il tema abbia cominciato a ricevere interesse negli ultimi rinnovi contrattuali e in particolare con lo sviluppo della contrattazione decentrata. Buona parte degli accordi di rinnovo dei CCNL nel 2017-2018, infatti, ha previsto la ridefinizione e/o l'aggiornamento del sistema di classificazione e inquadramento del personale o introdotto particolari regole, procedure o sperimentazioni in materia: tra questi, alcuni rinnovi hanno predisposto un nuovo sistema di classificazione, in pochi casi realmente innovativi in quanto incentrati sul riconoscimento progressivo delle capacità professionali; altri hanno apportato modifiche circoscritte; la maggior parte ha istituito commissioni paritetiche con il compito di elaborare proposte per la definizione di una nuova classificazione. Tali tendenze si riflettono sulla contrattazione aziendale, con un numero crescente di accordi che introducono regole di tipo procedurale, prevedono interventi di aggiornamento degli attuali sistemi o di sviluppo di nuovi, introducono nuove figure professionali³⁵.

Ad oggi, tuttavia, siamo ancora lontani da una prospettiva di riferenzialità di tali sistemi classificatori agli standard pubblici e privati di certificazione presentati nei paragrafi precedenti, e pare quasi surreale parlare di una possibile interoperabilità tra i sistemi mediante correlazione tra i profili con-

tenze, in *Osservatorio sul mercato del lavoro e sulle professioni*, 1999, 20(5/6), pp. 113-170. Tra i contributi più recenti vedi ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva*, oggi, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 23-30.

³⁵ Per una ricostruzione puntuale di tutte queste evoluzioni vedi *La contrattazione collettiva in Italia, V rapporto ADAPT*, ADAPT University Press, 2019, nonché l'approfondimento tematico sviluppato da D'ADDIO, *La tutela e lo sviluppo della professionalità nella più recente contrattazione collettiva*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 72-97.

tenuti nelle declaratorie dei contratti collettivi e quelli contenuti nei repertori degli standard attualmente esistenti, tanto più che il processo di costruzione del repertorio unico ex art. 8 del d.lgs. 13/2013 non contempla una reale integrazione dei sistemi di classificazione dei contratti collettivi. Questo era invece l'obiettivo del Testo Unico dell'apprendistato del 2011, che aveva previsto l'introduzione di un Repertorio delle qualifiche professionali che avrebbe dovuto essere predisposto mediante una operazione di ricodifica e correlazione degli standard formativi con gli standard professionali contenuti nella contrattazione collettiva³⁶.

Tali sistemi classificatori procederanno dunque, anche ammesso che un rinnovamento avvenga, su un binario parallelo, a meno che non siano gli attori delle relazioni industriali a iniziare a giocare un ruolo di nodo di collegamento tra i diversi sistemi. Il coinvolgimento delle parti sociali nella codifica degli standard pubblici a livello prima regionale e poi nazionale ha però finora assunto una veste formale più che sostanziale, e lo stesso può dirsi per il loro coinvolgimento nelle commissioni tecniche di UNI in cui si svolge l'attività di normazione dei profili professionali.

La sfida di assicurare un coordinamento tra sistemi di qualificazione della professionalità della autonomia collettiva e sistema pubblico di certificazione delle competenze non è stata accolta neanche dai Fondi interprofessionali per la formazione continua, che pure avrebbero potuto giocare un ruolo propulsivo sia sul fronte della diffusione della certificazione delle competenze presso le aziende, sia su quello dell'ammodernamento dei sistemi di classificazione e inquadramento attraverso le attività propedeutiche di ricerca e analisi dei fabbisogni professionali che sono titolati a svolgere. Esistono positive eccezioni, che non vanno però nella direzione di promuovere una logica di sistema. Emblematico il caso del Fondo Banche e Assicurazioni, tra i Fondi interprofessionali per la formazione continua quello che ha più investito sul tema della certificazione delle competenze, svolgendo un prezioso lavoro di mappatura dei profili e delle competenze del settore che è confluito in un manuale operativo³⁷, ma non è collegato ai sistemi di classificazione e

³⁶ RUSTICO, TIRABOSCHI, *Standard professionali e standard formativi*, in TIRABOSCHI (a cura di) *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Collana Le Nuove Leggi Civili, 2011.

³⁷ ABI e FBA hanno pubblicato un Manuale di certificazione delle qualifiche delle banche commerciali. I principi dell'European Qualifications Framework (EQF) (a cura di DURANTE,

inquadramento del CCNL del settore. Al contempo il Fondo ha portato avanti una collaborazione con UNI per l'elaborazione della prassi di riferimento UNI/PdR 10:2014, *Profili professionali presenti nelle banche commerciali – Requisiti di conoscenza, capacità e competenza*, che ha sostanzialmente recepito il contenuto del manuale e sulla cui base è stato costruito un sistema di certificazione accreditato dall'Ente italiano di accreditamento (Accredia) per più di 20 profili professionali, che sono dunque oggi “normati” secondo le procedure descritte nel § 2.

Nella perdurante assenza di un coordinamento tra attività dei Fondi interprofessionali e sistema pubblico di certificazione delle competenze, tra iniziative di mappature di ruoli e profili avviate anche dagli stessi Fondi e sistemi di classificazione e inquadramento del personale dei settori di riferimento, tra questi ultimi e gli standard pubblici, come già argomentato, prende forma invece un canale di comunicazione tra il sistema dei Fondi interprofessionali per la formazione continua e quello della normazione tecnica.

5. *L'infrastruttura (ancora mancante) di un moderno mercato del lavoro*

Il crescente peso della professionalità nella regolazione delle relazioni di lavoro fa emergere un interrogativo centrale, già sollevato in termini chiari ed estremamente attuali nel 2004 da Mariella Magnani³⁸ e richiamato in apertura di questo contributo, relativo a “come” sia possibile misurare e comunicare le capacità che vengono acquisite mediante l'apprendimento professionale “senza tradire la complessità delle competenze che si vorrebbero stimare, riducendole alle dimensioni (necessariamente povere) di uno standard comunicabile?”.

La risposta a questa domanda si sostanzia oggi nella configurazione di diversi sistemi poco o nulla comunicanti tra di loro, che si è tentato in questo contributo di ricostruire al fine di rispondere all'interrogativo se siano in corso processi di integrazione, competizione o sostituzione tra diversi attori e forme di regolazione nell'ambito dei processi di riconoscimento della professionalità.

FRACCAROLI, Bancaria Editrice, 2013) che raccoglie al suo interno un Repertorio delle figure professionali del settore del credito.

³⁸ MAGNANI, 2004, *op. cit.*, p. 168.

Si tratta di sistemi che perseguono obiettivi diversi che però sono accomunati dalla finalità del riconoscimento della professionalità ai fini della regolazione dei mercati del lavoro (interni, esterni, professionali), e che dovrebbero essere integrati sia ai fini di un loro corretto funzionamento, sia ai fini della creazione di *un sistema* idoneo a concretizzare la prospettiva della tutela della professionalità mediante riconoscimento e trasferibilità delle competenze professionali in una prospettiva di corso di vita.

Alla luce dell'analisi fin qui solta, si profila invece un processo "a due velocità" che vede la normazione tecnica dei profili professionali crescere a ritmi sostenuti, conquistando spazi che non sono presidiati da un sistema pubblico bloccato a metà del guado, con dinamiche rischiano di nuocere alla creazione di un sistema integrato di riconoscimento della professionalità e certificazione delle competenze che abbia un impatto reale sulle carriere lavorative delle persone.

Il processo di normazione tecnica dei profili professionali, infatti, si inserisce di fatto nell'area regolata dal sistema pubblico della certificazione delle competenze, con cui dovrebbe dunque coordinarsi tanto in termini di standard di processo, di servizio, di sistema, quanto in termini di standard professionali ricompresi nel Repertorio nazionale delle professioni di cui all'art. 8 del d.lgs. 13/2013: occorre dunque trovare adeguati strumenti di raccordo tra i profili in esso contenuti e eventuali norme tecniche riguardanti i professionisti che operano nello stesso settore. È certamente vero che le norme tecniche UNI hanno una logica di certificazione privata che almeno formalmente non si sovrappone alla certificazione delle competenze del sistema pubblico, ma è tuttavia evidente che con questa procedura si sono sviluppati quadri regolatori e mercati che svuotano progressivamente o comunque depotenziano sia il ruolo del regolatore pubblico che quello della rappresentanza del mondo del lavoro. Vero anche che, da un lato, la l. 4/2013 richiama espressamente le norme tecniche attribuendo un ruolo di rinnovata centralità e specifici compiti alle associazioni di professionisti nella loro determinazione; dall'altro lato, la l. 92/2012 prima, e il d.lgs. 13/2013 dopo, prevedono che laddove applicabile sia tenuto in considerazione il sistema della normazione tecnica e che gli enti titolati secondo le procedure del sistema pubblico, per l'erogazione di servizi di certificazione delle competenze in conformità alle norme tecniche UNI, debbano essere in possesso dell'accreditamento da parte dell'organismo nazionale italiano di accreditamento (art. 4, co. 5 d.lgs. 13/2013). È evidente che questo ha un impatto sulle prerogative

degli enti titolati a certificare le competenze nei diversi ambiti individuati dalla l. 92/2012 e dal suo decreto attuativo. Si tratta peraltro di meccanismi di raccordo che andrebbero proprio nella direzione di assicurare una positiva complementarità e integrazione tra la normazione tecnica volontaria e il settore cogente, se adeguatamente interpretati.

Come già rilevato con riferimento agli standard pubblici che si riferiscono alle competenze maturate in contesto di lavoro, anche le norme UNI configurano uno standard professionale per la certificazione di competenze maturate in tutti i contesti di lavoro, tanto dai professionisti autonomi quanto dai dipendenti in imprese che applicano contratti collettivi: non si può, dunque, trascurare l'importanza di coordinamento con tale sistema, che si sostanzia quanto meno in una adeguata condivisione del processo di formazione delle norme con le parti sociali che normano nei contratti collettivi gli stessi profili. Anche su questo fronte un meccanismo di raccordo è previsto, e consiste nella regolamentazione interna di UNI che prevede, ai fini del rispetto dei principi di consensualità, democraticità e trasparenza, la partecipazione di tutti gli *stakeholders* alla formazione delle norme. Nei fatti, tuttavia, anche laddove concretamente si realizzi (non si tratta, infatti, di un requisito obbligatorio), la partecipazione delle associazioni datoriali e sindacali non si traduce in una effettiva garanzia di raccordo tra i due sistemi. Il raccordo con il sistema della rappresentanza è poi forte ed esplicito con riferimento alle associazioni di rappresentanza dei professionisti ex l. 4/2013, che come già ricordato sono chiamate espressamente dal Legislatore ad avere un ruolo attivo nei processi di definizione degli standard e di certificazione delle competenze dei professionisti che rappresentano, ma sono molte le criticità anche su questo fronte, legate alla natura e rappresentatività di tali associazioni e alla effettiva partecipazione al processo qui analizzato.

L'assenza di tali raccordi tra sistema della autonomia collettiva, sistema pubblico e della autoregolamentazione privata è legata, come già argomentato, anche alle difficoltà di fare evolvere i sistemi di classificazione e inquadramento del personale in modo da rendere possibile la "comunicazione" con gli altri standard (cosa che richiederebbe, come minimo, l'assunzione della stessa unità minima di riferimento e cioè la competenza definita in termini di abilità, conoscenze, autonomia e responsabilità)³⁹. D'altra parte, i ti-

³⁹ Interessante a tal proposito un recente studio di TAGLIAVINI, che propone di ripensare i sistemi di classificazione e inquadramento del personale del settore metalmeccanico adottando gli strumenti e la logica dell'*E-Competence Framework*. Posta la necessità di adottare uno standard

midi segnali di rinnovamento dei sistemi classificatori dei contratti collettivi, è stato sottolineato⁴⁰, potrebbero aumentare, anziché ridurre, il rischio di non comunicabilità tra i sistemi, poiché riguardano sempre più spesso il livello della contrattazione aziendale: ciò comporterebbe il rischio che i nuovi sistemi siano schiacciati su logiche organizzative a livello *micro* con un proliferare di sistemi classificatori non raccordati alle dinamiche *macro* che si tradurrebbe in una scarsa trasferibilità delle competenze per i lavoratori.

In conclusione, se ad oggi si assiste a dinamiche competitive (con il rischio di effetti sostitutivi) tra sistema pubblico e autoregolamentazione privata e a una sostanziale mancanza di integrazione di tali sistemi con quelli contenuti nei contratti collettivi nazionali, la valorizzazione di adeguati raccordi (in parte già esistenti) tra legge, norme tecniche e autonomia collettiva potrebbe invece far traghettare la certificazione della professionalità da semplice strumento o garanzia della trasparenza del mercato del lavoro e della sua conoscibilità (o tutt'al più di mero *personal branding*) a quel moderno diritto sociale, di cui parlava Aris Accornero richiamato all'inizio del nostro studio, che ci pare fondamentale per consentire la trasferibilità e la riconoscibilità delle competenze professionali nelle dinamiche di quei mercati transizionali del lavoro che sono stati oggetto di un nostro precedente studio⁴¹ che vale la pena qui richiamare per evidenziare i punti di saldatura verso un nuovo sistema di regolazione del lavoro e delle sue forme.

per la definizione e classificazione delle competenze, l'E-CF secondo l'A. offre, a differenza dell'EQF, un sistema di classificazione utile poiché descrive non solo i livelli di competenza ma anche i contenuti dei profili professionali. TAGLIAVINI, *Una proposta di riforma del sistema di inquadramento: verso un sistema fondato sulle competenze*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 145-197.

⁴⁰ MARASCO, Il ruolo dell'associazione datoriale tra mercato del lavoro e tutela della professionalità, in *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, 2, pp. 74-87.

⁴¹ CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, in *DRI*, 2017, 3, pp. 634-685.

Abstract

Obiettivo del contributo è analizzare presupposti, caratteristiche e modalità di funzionamento di diversi dispositivi di riconoscimento della professionalità afferenti a tre differenti ambiti di regolazione, per rispondere alla domanda se siano in corso dinamiche di competizione o integrazione tra diversi sottosistemi e fonti di regolazione. Ad oggi si assiste a dinamiche competitive (con il rischio di effetti sostitutivi) tra sistema pubblico e della autoregolamentazione privata e a una sostanziale mancanza di integrazione di tali sistemi con quello della autonomia collettiva. Al contrario, la valorizzazione di adeguati raccordi (in parte già esistenti) tra legge, norme tecniche e contrattazione collettiva, potrebbe trasformare la certificazione della professionalità in un importante strumento di tutela dei lavoratori. Il contributo affronta per la prima volta in ambito giuslavoristico il tema della certificazione delle attività professionali sulla base di norme tecniche accostandolo ai più tradizionali dispositivi per il riconoscimento della professionalità già studiati in letteratura.

The aim of the paper is the analysis of assumptions, characteristics and functioning of various devices for recognizing professionalism related to three different regulation areas, to answer the question whether competition dynamics or integration between different sub-systems and regulation sources are in progress. Today we are witnessing competitive dynamics (with the risk of substitutive effects) between the public system and self-regulation area, and a substantial lack of integration of these systems with that of collective bargaining. On the contrary, the enhancement of adequate connections (partly already existing) between law, technical standards and collective bargaining, could transform the certification of professionalism into an important tool for protecting workers. The contribution addresses, for the first time in the field of labour law, the issue of certification of professional activities based on technical standards, combining it with the traditional devices for the recognition of professionalism already studied in literature.

Key words

Professionalità, competenze, legge, autoregolazione, norme tecniche, contrattazione collettiva.

Professionality, skills, law, self-regulation, technical standards, collective bargaining.

Federico Pascucci

Il *whistleblowing*

Sommario: **1.** Il *whistleblowing*: definizione e profili generali. **2.** Prima della l. n. 179/2017: il *whistleblowing* nel lavoro pubblico... **3.** (*Segue*) ...e nel lavoro privato. **4.** La riforma del 2017. **5.** Luci e ombre nella nuova disciplina nazionale del *whistleblower*. **6.** La Direttiva n. 2019/1937. **7.** Conclusioni.

1. Il *whistleblowing*: definizione e profili generali

La definizione letterale di “*whistleblowing*” è – più o meno – quella di “suonare il fischietto”, anche se si può tradurre l’espressione come “spifferare un’informazione” o, più semplicemente, con il termine “soffiata”¹. Peraltro queste ultime espressioni, che hanno certamente un significato alquanto negativo nell’uso comune, potrebbero suggerire un comportamento eticamente scorretto, al limite dell’illecito. In realtà il *whistleblowing* è tecnicamente la segnalazione di azioni illegali, illecite o comunque immorali da parte di soggetti che ne siano venuti a conoscenza nell’ambito del rapporto di lavoro e rivolta a un altro soggetto in grado di intervenire sull’azione stessa², e configura quindi un’azione tutt’altro che disdicevole, ma in grado di soddisfare, in certe condizioni, notevoli interessi pubblici.

Questo fenomeno ha acquisito una certa importanza negli ultimi tempi, vuoi a seguito dei grandi scandali finanziari che hanno travolto numerose aziende subito prima della crisi iniziata nel 2008 (tipo Enron o WorldCom) oppure a ridosso di essa (la banca speculativa Lehman Brothers su tutte), i

¹ AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, p. 226 ss.

² Per tale definizione, elaborata dalla letteratura internazionale, si veda FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *RDC*, 2007, pp. 929-930.

quali hanno dimostrato l'esigenza di assicurare alle imprese un efficace sistema di controllo interno e di trasparenza informativa al fine di raggiungere l'efficienza operativa, vuoi per l'entrata in vigore nel nostro paese del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sulla responsabilità amministrativa – in realtà penale – delle imprese per i reati commessi dai propri dipendenti nel loro interesse o a loro vantaggio, responsabilità da cui l'ente può esimersi ove dimostri di essersi dotato di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati in questione. E una parte fondamentale di tali modelli è data proprio dalle modalità di comunicazione delle informazioni a uno specifico Organo di vigilanza (da adesso in poi ODV), comunicazione che può avvenire sia dall'alto verso il basso, ma anche “controcorrente” (*upstream*), ossia partire dai livelli inferiori della piramide gerarchica e proseguire poi per raggiungere quelli superiori.

Il *whistleblowing* – istituto di chiara matrice anglosassone – si fonda sull'idea che occorre coinvolgere il lavoratore nell'attività di contrasto “a quanto compromette la corretta amministrazione, distorce la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e inquina le fondamenta morali della società”, e trova nei paesi di *common law*, Stati Uniti *in primis*, il suo luogo di origine³.

Più analiticamente, la problematica riguardante il *whistleblowing* si concentra vuoi sull'individuazione delle sue caratteristiche, vuoi sugli strumenti più idonei per proteggere da conseguenze pregiudizievoli il lavoratore pubblico e/o privato che segnala abusi o illeciti riscontrati durante la sua attività all'interno dell'ente di appartenenza.

Quanto al primo punto, la dottrina internazionale⁴ è concorde nel fissare alcuni elementi che la “soffiata”, pur nella varietà delle forme in cui può avvenire, deve presentare. Le informazioni che il *wistleblower* comunica devono essere riservate o ancora meglio segrete, e la stessa comunicazione (c.d. *disclosure* o *report*) deve essere espressione di dissociazione dal comportamento riscontrato, di modo che essa, essendo finalizzata al raggiungimento del ri-

³ Così CORSO, *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e “diritto alla legalità”*, in *VTDL*, 2016, p. 163. Sull'evoluzione del *whistleblowing* negli Usa e in Gran Bretagna vedi ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *MCR*, 2015, p. 345 ss. Sul decisivo impulso dato al *whistleblowing* dal *Sarbanes Oxley Act* vedi LATTANZI, *Prime riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare “ad occhi chiusi”?*, in *RIDL*, 2010, I, p. 337 ss.

⁴ Per la *summa* delle caratteristiche come individuate dalla letteratura internazionale vedi FLORIO, *op. cit.*, p. 930 ss.

sultato di bloccare la condotta stigmatizzata, configura sempre un'azione voluta e non certo accidentale⁵.

Ancora, lo stesso *whistleblower* deve essere – o almeno essere stato – membro dell'ente al cui interno ha osservato la condotta stigmatizzata. Peraltro l'espressione “membro dell'organizzazione” viene interpretata in maniera tutt'altro che restrittiva, ragion per cui se essa sicuramente include il lavoratore dipendente, può comunque essere estesa fino a ricomprendere anche soggetti diversi, quali consulenti, fornitori, o, addirittura, clienti. Vero elemento fondamentale è che, comunque, il *whistleblower* sia un soggetto che non è mai in grado, vista la posizione che riveste nell'ambito dell'ente, di bloccare o comunque mettere in discussione il comportamento segnalabile senza rischio di subire rappresaglie (*retaliation*)⁶.

L'informazione non deve necessariamente riguardare un comportamento illecito (e quindi *contra legem*, indipendentemente se penale, amministrativa o civile), potendo la condotta segnalata essere anche solo “scorretta”, purché sia comunque contraria a una prescrizione dell'organizzazione (codice di condotta o regolamento interno) o a principi etici, mentre è necessario sempre un contesto organizzativo, ossia un'organizzazione alle cui regole il soggetto colpevole (c.d. *wrongdoer*) deve conformarsi⁷.

Da ultimo il destinatario della comunicazione può essere sia un soggetto interno all'organizzazione (ad es., superiori gerarchici), sia un soggetto esterno (autorità amministrative e/o giudiziarie, oppure i *mass media*), ma, in ogni caso, dotato di poteri di verifica e intervento in grado di rispondere efficacemente alla segnalazione.

⁵ Cfr. ancora FLORIO, *op. cit.*, p. 930. Parla di condotte originariamente destinate a rimanere “private (o, meglio, segrete)” anche CORSO, *op. cit.*, p. 163.

⁶ L'espressione inglese *whistleblowing* indica proprio le garanzie *anti retaliation* delle quali possono beneficiare i lavoratori che, di propria iniziativa, segnalano comportamenti identificati come illeciti. Cfr. sul punto LATTANZI, *op. cit.*, pp. 336-337.

⁷ Alla violazione di norme di legge o di codici interni CORSO, *op. cit.*, p. 163, aggiunge anche “semplici disfunzioni organizzative e situazioni di rischio”. Per un'esemplificazione delle condotte passibili di *whistleblowing* cfr. FLORIO, *op. cit.*, p. 932, per la quale si va dalla semplice condotta disdicevole o incompetente alla violazione dei diritti umani, passando per la frode, la corruzione e la violazione delle norme di sicurezza “e così via”.

2. *Prima della l. n. 179/2017: il whistleblowing nel lavoro pubblico...*

In Italia, l'esigenza di assicurare efficaci meccanismi di contrasto all'illegalità in generale, e alla corruzione in particolare, agendo dall'interno dell'ente – ossia le stesse esigenze a cui risponde il *whistleblowing* nei paesi di *common law* – ha portato a una prima codificazione dell'istituto nell'art. 54 *bis* del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 sul lavoro pubblico (articolo introdotto con l. 6 novembre 2012 n. 190)⁸.

La norma – nel testo precedente la riforma del 2017 – prevedeva la facoltà per il dipendente pubblico di denunciare all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti, o – dopo la modifica apportata dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114) – all'ANAC, oppure di segnalare al suo superiore gerarchico, condotte illecite di cui fosse venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. A seguito della denuncia o della segnalazione il dipendente non poteva essere licenziato, né sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per qualunque motivo collegato, direttamente o indirettamente, con il *report*.

Quanto alla condotta, risultava abbastanza chiaro che il dipendente riceveva protezione in caso di segnalazione di illeciti penali, di illeciti amministrativi, o di condotte disciplinarmente rilevanti⁹. Indicativo in tal senso era il ventaglio dei destinatari della denuncia: se il riferimento all'autorità giudiziaria e all'ANAC lasciava pochi dubbi sul fatto che questa riguardasse un reato, la denuncia alla Corte di conti o la segnalazione al proprio superiore gerarchico potevano ricomprendere comportamenti rilevanti dal punto di vista amministrativo o disciplinare, ma non consistenti necessariamente in una violazione della norma penale¹⁰.

⁸ Per un commento vedi RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, in *DLRI*, 2017, p. 139, ma soprattutto p. 147 ss., CARINCI M.T., *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 106, in particolare pp. 3-5 e BELSITO, *Il whistleblowing: tutele e rischio per il soffiatore*, Cacucci, 2013, p. 41 ss.

⁹ Cfr. sul punto RICCIO, *op. cit.*, p. 148 per il quale la mancata delimitazione fatta dalla norma in ordine alla materia oggetto dell'illecito determinava l'applicazione della tutela ivi prevista al lavoratore che segnalasse ogni tipo di illecito, ma anche che la segnalazione di ogni tipo di illecito ricevesse la specifica tutela solo se effettuata nei modi indicati dall'art. 54 *bis*.

¹⁰ Vedi CORSO, *op. cit.*, p. 181, per cui la denuncia alla Corte dei conti lasciava trasparire la convinzione che la condotta illecita avesse prodotto un danno erariale, ma che comunque non si fosse estrinsecata necessariamente in un reato, mentre la segnalazione al superiore gerarchico valorizzava "la componente amministrativa della condotta illecita portata a conoscenza in via gerarchica".

La tutela non era illimitata, ma spettava al dipendente che avesse conosciuto la condotta “in occasione del rapporto di lavoro”, e la cui segnalazione non si risolvesse nel reato di calunnia o diffamazione, oppure in un’azione comunque illecita dal punto di vista civile *ex art.* 2043 cod. civ. Detto in altri termini, la segnalazione doveva riguardare un comportamento illecito che non fosse estraneo all’ambito lavorativo e che avesse una qualche ricaduta sul corretto funzionamento dell’ufficio pubblico. Né essa poteva avere natura abusiva o abnorme, ossia perseguire fini estranei e ulteriori rispetto al “buon andamento della pubblica amministrazione”¹¹.

Una volta che la segnalazione non fosse uscita dai limiti sopra individuati, la tutela del segnalante si concretizzava nel divieto di comportamenti ritorsivi da parte della pubblica amministrazione (d’ora in poi PA), da una parte, e, dall’altra, nella garanzia del suo anonimato.

Peraltro la garanzia di anonimato finiva per entrare in rotta di collisione con l’antitetico, ma altrettanto fondamentale, diritto di difesa dell’incolpato. Sotto questo profilo, il testo *ante* riforma 2017 prevedeva, nel caso di apertura del procedimento disciplinare da parte della PA a seguito della segnalazione, l’impossibilità per la stessa di rivelare il nome del segnalante senza il suo consenso, ove la contestazione di addebito non si fosse basata solamente sulla segnalazione stessa, ma fosse fondata su accertamenti “distinti e ulteriori”. Qualora invece la stessa contestazione si fosse basata solo o almeno parzialmente sulla segnalazione, allora il diritto di difesa dell’incolpato e la garanzia del contraddittorio finivano per prevalere sulla esigenza di segretezza dell’identità del segnalante, sempre che – secondo la lettera dell’art. 54 *bis* – la conoscenza dell’identità del *whistleblower* fosse “assolutamente indispensabile per la difesa dell’incolpato”¹².

Qualora a seguito della sua segnalazione il lavoratore fosse stato sottoposto a licenziamento o a qualunque altra misura discriminatoria, l’art. 54 *bis* prevedeva, al co. 3, la segnalazione, su iniziativa dello stesso o dei sindacati

¹¹ Ancora CORSO, *op. cit.*, pp. 181-182, per cui “l’agire segnalando condotte illecite insistenti con il fine di un regolamento di conti con un collega di lavoro”, lungi dal garantire la copertura al segnalante, lo esponeva alla responsabilità penale e/o a quella civile. Parzialmente diffonde la lettura di RICCIO, *op. cit.*, p. 148, secondo il quale il vecchio testo dell’art. 54 *bis* non avallava l’interpretazione che vi dovesse essere un rapporto di necessità tra illecito ed attività tipica dell’amministrazione ai fini dell’applicazione della tutela.

¹² Senza contare che la garanzia di anonimato si rivelava del tutto relativa, visto che la stessa veniva seriamente messa a rischio ove il comportamento segnalato avesse avuto rilevanza penale. Cfr. sul punto CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5.

maggiormente rappresentativi, di detta misura al Dipartimento per la funzione pubblica “per i provvedimenti di competenza”.

Peraltro è da ritenere che tale rimedio non fosse esclusivo, ma parallelo al normale canale della tutela giudiziaria, con la conseguenza che il mezzo principale che il segnalante aveva per difendersi dalla “rappresaglia” rimaneva sempre il ricorso al giudice per far dichiarare la nullità del provvedimento discriminatorio adottato. Risultato, quest’ultimo, in verità per nulla scontato, visto che la prova dell’intento ritorsivo – e quindi discriminatorio – del provvedimento emesso dalla PA gravava sul lavoratore¹³, e che tale onere diveniva tanto più arduo quanto più il provvedimento percepito come *retaliation* si allontanava temporalmente dalla segnalazione o poteva comunque essere giustificato dall’amministrazione come richiesto dal principio di ottimizzazione delle risorse pubbliche. Il tutto senza contare l’incognita, sempre presente, che la segnalazione fosse ritenuta ingiustificata o, peggio, calunniosa, con la conseguenza che l’interessato, oltre a perdere la copertura dell’art. 54 *bis*, si vedeva esposto a conseguenze penali, contabili o civili.

Alla luce di ciò non deve dunque stupire la scelta fatta da molti dipendenti pubblici. Questi, posti di fronte al bivio se segnalare l’illecito, con tutte le conseguenze in termini di costi e stress che ne sarebbero derivate, o lasciare inalterato lo *status quo*, preferendo non inimicarsi colleghi e superiori e rovinare l’ambiente di lavoro, hanno optato per la seconda alternativa, condannando la norma in questione alla scarsa applicazione che ha avuto nel corso del tempo, e facendo sorgere l’esigenza per il legislatore del 2017 di modificarla, cercando di renderla più efficace¹⁴.

3. (Segue) ...e nel lavoro privato

Sprovvisto di disciplina legale *ad hoc* era – prima della riforma del 2017 – il settore privato. Peraltro ciò non voleva dire che il dipendente che se-

¹³ Rilevano tale criticità RICCIO, *op. cit.*, pp. 157 ss., CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5, la quale però, nella nota 16, rileva come il rischio in questione fosse parzialmente disinnescato – “*partially defused*” – dall’onere, per il datore di lavoro, di provare la giusta causa o il giustificato motivo del licenziamento *ex art. 5, l. 15 luglio 1966 n. 604*, e BELSITO, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ Per una *summa* delle criticità dell’art. 54 *bis* si vedano le considerazioni di ARNAUDO, *op. cit.*, p. 556, il quale riporta quanto emerso dalla relazione annuale ANAC del 2014, rilevando altresì l’assenza di un dispositivo premiale di tipo economico – il cosiddetto *bounty* – che è stato un fattore determinante nel successo dell’istituto del *whistleblowing* nel mondo anglosassone.

gnalasse comportamenti illeciti fosse completamente privo di tutele. Semplificamente queste ultime venivano individuate nei principi generali del diritto del lavoro.

Il lavoratore del settore privato che denunciava all'autorità giudiziaria comportamenti illeciti del proprio datore di lavoro non violava – secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale – l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ., purché la denuncia fosse effettuata nel consapevole rispetto della verità dei fatti, e non avesse carattere calunnioso, non essendo richiesto al prestatore un “dovere di omertà”¹⁵.

Parzialmente diverso era invece l'esercizio del “diritto di critica” del lavoratore, il quale, oltre alla verità di quanto affermato, doveva anche rispettare i limiti della contenenza della forma espositiva utilizzata, specie ove le rivelazioni fossero dirette agli organi di informazione, pena la natura diffamatoria – e quindi disciplinarmente rilevante – del comportamento posto in essere¹⁶.

Ove il lavoratore segnalante fosse rimasto nei limiti sopra individuati, il licenziamento o qualsiasi altro provvedimento ritorsivo poteva essere dichiarato illegittimo dal giudice, sempre che – naturalmente – il lavoratore fosse riuscito a dimostrare il collegamento tra la segnalazione e il provvedimento stesso (e quindi la sua natura di *retaliation*).

Discorso diverso invece doveva farsi in caso di *report* interno, ossia di segnalazione avvenuta all'interno della stessa impresa. Se, da una parte, in tale frangente non poteva certamente essere chiamata in causa la violazione dell'obbligo di fedeltà¹⁷, l'unica norma a cui l'istituto del *whistleblowing* si poteva agganciare – ossia l'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità “ammi-

¹⁵ Principio espresso in Cass. 26 settembre 2017, n. 22375 in *Rep. FI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1213; Cass. 16 febbraio 2017 n. 4125, in *LG*, 2017, p. 456, con nota di Santoro; Cass. 23 marzo 2012 n. 4707, in *RIDL*, 2012, II, p. 831, con nota di Carinci M.T.; Cass. 16 gennaio 2001 n. 516, in *RIDL*, 2001, II, p. 453. Vedi in dottrina RICCIO, *op. cit.*, p. 151, secondo cui i doveri di cui all'art. 2105 cod. civ. sono riferiti solo alle attività lecite del datore di lavoro, “non potendosi certo richiedere al lavoratore l'osservanza di questi obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti”, AIMO, *op. cit.*, p. 247, nonché ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 239.

¹⁶ Cfr. Cass. 29 novembre 2016 n. 24260, in *ADL*, 2017, p. 420, con nota di Fontana. Sul bilanciamento tra i diritti di informazione e di critica del lavoratore e i diritti al segreto e alla dignità personale del datore vedi CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 8 ss. ma soprattutto p. 10. Sia consentito di rimandare sul punto anche ad ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro*, in *RGL*, 2019, II, p. 250 e alla bibliografia *ivi* citata.

¹⁷ Cfr. sul punto sia CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14 che LATTANZI, *op. cit.*, p. 346, nota 37.

nistrativa” degli enti – prevedeva semplicemente l’esonazione per l’ente dalla responsabilità per i reati commessi a suo vantaggio o nel suo interesse se, prima della commissione dei reati stessi, questi avesse adottato un modello di organizzazione e gestione adeguato a prevenire gli illeciti, e sempre che il compito di vigilare sull’attuazione di tali modelli fosse affidato a un organo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Ora, *nulla questio* sul fatto che uno degli strumenti più efficaci per rendere effettivo l’art. 6 in questione – e scriminare l’ente dalla responsabilità – fosse proprio quello di prevedere all’interno del modello organizzativo un canale specifico che permettesse a tutti i lavoratori – e non solo a loro – di segnalare all’ODV qualunque *wrongdoing*, fosse esso un reato, un illecito amministrativo, civile o semplicemente un comportamento “eticamente scorretto” (violazione del codice etico). Rimaneva però il fatto che tale segnalazione non era un obbligo del lavoratore definito a livello legislativo, ma poteva diventarlo soltanto, e solo eventualmente visto che l’adozione del modello non era obbligatoria, in via unilaterale mediante il suo inserimento nel codice disciplinare dell’azienda¹⁸.

Così come rimaneva – ed era questo l’aspetto più grave – il fatto che l’art. 6 cit. non prevedeva nessun tipo di cautela che garantisse l’anonimato del segnalante, né, soprattutto, nessuna misura *anti-retaliation*, con la conseguenza che il *whistleblower* veniva rimandato alle tutele classiche del diritto del lavoro come sopra individuate dalla giurisprudenza.

Il tutto senza contare la disciplina sul diritto di accesso ai dati dell’interessato contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice *Privacy*) e più specificatamente nell’art. 7 (vedi ora artt. 13-15 del Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016), il quale prevedeva non soltanto il diritto a conoscere quali informazioni fossero trattate sul proprio conto, ma anche l’origine delle stesse, a meno che non vi fosse una limitazione del diritto medesimo quando ciò costituiva una misura necessaria alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. In tale ottica, l’operazione di bilanciamento degli

¹⁸ Vedi ancora CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14. Peraltro detto inserimento non sempre è necessario, posto che, nel caso in cui il lavoratore occupi un posto elevato nella scala gerarchica e svolga mansioni di elevata professionalità, il vincolo di cui all’art. 2105 cod. civ. diventa sempre più stringente. Ne deriva che può essere irrogato un licenziamento disciplinare per mancata segnalazione degli illeciti commessi dal proprio superiore, anche se tale obbligo non era previsto nel codice disciplinare. Si veda sul punto Cass. 8 giugno 2001 n. 7819, in *NGL*, 2001, p. 600. Sulla questione cfr. anche RICCIO, *op. cit.*, p. 153.

interessi veniva lasciata alla discrezionalità del legislatore¹⁹, e ciò, in mancanza di un'esplicita previsione di riservatezza del nome del segnalante nel d.lgs. 231/2001, significava che l'incolpato poteva conoscere, facendone richiesta, l'identità del *whistleblower*.

Posta così la questione – e benché una parte della dottrina non considerasse affatto giustificata l'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina che tutelasse specificatamente il *whistleblowing*, potendo la protezione del lavoratore segnalante essere affrontata con i normali strumenti del diritto del lavoro²⁰ –, si può ben comprendere come l'art. 6 del d.lgs. 231/01 abbia sofferto di un ritardo nella sua applicazione più grave rispetto a quello che ha caratterizzato l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01 nel lavoro pubblico, ritardo aggravato non soltanto dalle normali remore del lavoratore di subire ritorsioni ma anche dalla mancanza di esplicite garanzie previste dalla legge.

4. La riforma del 2017

Conscio dei limiti presenti nelle discipline del settore pubblico e privato, il legislatore decide di riformare la materia e – dopo un lungo *iter* – viene approvata la l. 30 novembre 2017 n. 179 (“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”)²¹.

¹⁹ Cfr. sull'intera questione LATTANZI, *op. cit.*, pp. 354-355.

²⁰ È questa l'idea di LATTANZI, *op. cit.*, p. 347, per cui “il *ius quo utimur*, rispetto ai profili giuslavoristi, sembra in grado di offrire sufficienti risposte”. Dello stesso avviso sembrerebbe CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 18 ss. secondo la quale al lavoratore sarebbe comunque spettata la tutela reintegratoria forte e la protezione contro il *mobbing*. Più dubbioso RICCIO, *op. cit.*, p. 162, il quale se da un lato rileva come l'ordinamento offrisse al lavoratore colpito da provvedimenti ritorsivi un “grado di tutela che non può certo definirsi debole”, rimarca come la mancanza di disposizioni volte a garantirlo in fase pre-giudiziaria, la necessaria esposizione personale nell'effettuare la segnalazione ed il conseguente giudizio “lasciato a operazioni interpretative dagli incerti confini svolte caso per caso”, non rappresentavano certo “un incentivo adeguato per l'emersione degli illeciti”.

²¹ Sulla l. n. 179/2017 vedi, fra gli altri, FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *LG*, 2018, p. 221; MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *ADL*, 2018, p. 68; FRIGNANI, *Illeciti nel rapporto di lavoro- Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci e ombre*, in *DI*, 2018, p. 51; PETRUCCI, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *GD*, 2017, n. 48, p. 6; AVIO, *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in questa rivista, 2017, p. 655.

La legge si compone di tre articoli i quali, invece di costruire una normativa *ad hoc*, interpolano norme già esistenti. L'art. 1 riforma completamente l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01, mentre l'art. 2 modifica l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, inserendo, dopo il co. 2, i commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*. L'art. 3 prevede invece una deroga al segreto d'ufficio, aziendale, professionale e/o scientifico.

Il cambio di rotta e l'importanza della legge del 2017 può evincersi già dalla rubrica, dalla quale si comprende come le tutele per il segnalatore ora si estendano anche al settore del lavoro privato, rimediando a una delle lacune più gravi della precedente situazione.

Il primo comma del nuovo art. 54 *bis* specifica che il dipendente pubblico può, "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione", segnalare al responsabile della prevenzione della corruzione, all'ANAC, oppure alla magistratura ordinaria e/o contabile, le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza "in ragione del proprio rapporto di lavoro". Sparisce dunque tra i soggetti abilitati a ricevere l'informazione il superiore gerarchico, sul presupposto che detto soggetto possa essere in qualche modo coinvolto, connivente o comunque per nulla interessato a dar seguito alla segnalazione del *whistleblower*, mentre rimane sempre la necessità che le condotte stigmatizzate siano state acquisite all'interno dell'ambito lavorativo e che abbiano una ricaduta sul funzionamento del pubblico ufficio.

Il dipendente che segnala o denuncia non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o comunque sottoposto a qualunque misura organizzativa che abbia effetti negativi diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro e che sia determinata dal suo *report*. Anche in tale caso è netta la differenza con la precedente normativa. Il legislatore passa dalla scarna previsione originaria – sanzione, licenziamento o misura discriminatoria – ad elencare specificatamente le condotte di *retaliation* vietate, che ora comprendono anche il demansionamento e/o il trasferimento.

Quanto alla discriminatorietà delle misure in questione, la stessa viene richiamata nel prosieguo del primo comma dell'art. 54 *bis*. In questo si afferma che dette misure – una volta adottate – vengono in ogni caso comunicate all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione coinvolta. L'ANAC, a sua volta, informa il Dipartimento della funzione pubblica oppure gli altri organismi di garanzia e disciplina per "gli eventuali provvedimenti di competenza". Ne consegue una specie di doppio passaggio – prima l'ANAC e poi il Dipartimento della fun-

zione pubblica – che sembrerebbe appesantire la procedura, ma acquista una sua coerenza interna anche alla luce del potere dell’ANAC di irrogare le sanzioni a seguito dell’istruttoria in cui sia riconosciuto il carattere discriminante delle misure adottate dalla PA.

Il co. 2 dell’art. 54 *bis* è importante, in quanto precisa la nozione di “pubblico dipendente”, ricomprendendo in essa non soltanto il dipendente delle amministrazioni pubbliche, ma anche quello degli enti pubblici economici o degli enti privati sottoposti al controllo pubblico. Inoltre la disciplina dell’art. 54 *bis* “attrae” nella sua orbita anche i dipendenti e i collaboratori delle imprese che, pur essendo private, forniscono beni o servizi o realizzano opere in favore dell’amministrazione pubblica. È chiara la *ratio* inclusiva del comma in questione, il quale – oltre a dissipare ogni possibile dubbio derivante dal silenzio sul punto della precedente disciplina – tende a proteggere tutti i lavoratori che più facilmente possono venire a contatto con i fenomeni illeciti riguardanti la pubblica amministrazione, corruzione *in primis*.

Il co. 3 garantisce l’anonimato del dipendente, ma non tutela le segnalazioni anonime, in quanto specifica che “l’identità del segnalante non può essere rivelata”, dando così per assodato che questi deve comunque fornire la sua identità nel momento in cui effettua la segnalazione. Nel caso di denuncia penale, l’identità del *whistleblower* è coperta dal segreto *ex art.* 329 del cod. proc. pen., mentre nel caso di procedimento davanti alla magistratura contabile l’anonimato è protetto fino alla chiusura della fase istruttoria.

Rilevanti sono i cambiamenti in caso di procedimento disciplinare. L’identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione si fondi su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, e questo anche se i primi sono conseguenti alla seconda. Nel caso invece in cui la contestazione si fondi in tutto o in parte sulla segnalazione e l’identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell’incolpato, la segnalazione stessa potrà essere utilizzata – e, di conseguenza, il procedimento essere portato a compimento – solo ove il *whistleblower* abbia consentito a rivelare la sua identità.

Dalla lettera della legge potrebbe non risultare chiaro il ruolo del consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità, in quanto sembrerebbe che, in caso di indipendenza dell’addebito dalla segnalazione, la rivelazione sia sempre preclusa anche in caso di consenso, mentre ove l’addebito si fondi soltanto su di essa, sia necessario il consenso per poter proseguire il procedimento disciplinare. In realtà se si mettono a confronto il testo riformato e quello precedente ci si accorge come non dovrebbero esservi dubbi inter-

pretativi, posto che nel vecchio art. 54 *bis* il consenso, una volta prestato, legittimava a rivelare l'identità del segnalante in ogni caso, mentre ove la rivelazione si fosse rivelata "assolutamente" indispensabile a garantire la difesa dell'incolpato, essa prescindeva dallo stesso consenso. Anche nel nuovo testo il consenso del segnalante sembra permettere alla PA la rivelazione della sua identità indipendentemente dalla necessità di questa a garantire il diritto di difesa dell'incolpato. Quello che casomai cambia è che nel caso in cui quest'ultimo acquisti preminenza sulla protezione del *whistleblower*, perché è solo sulla sua segnalazione che la contestazione si fonda, è ancora necessario il suo consenso perché l'ente possa disvelare la sua identità, e ove questo sia negato, viene a cadere il fondamento del procedimento disciplinare. Sul punto l'omissione dell'avverbio "assolutamente" nel nuovo testo non sembra lasciare molti dubbi in proposito e la tutela del diritto di difesa dell'incolpato è fatta salva con l'inutilizzabilità della segnalazione e, in definitiva, la chiusura dell'intero procedimento.

Rimane praticamente invariato il co. 4, che sottrae il nome del segnalante all'accesso dei documenti amministrativi previsto dalla l. 7 agosto 1990 n. 241.

Nel nuovo co. 5 si prevede l'obbligo per l'ANAC, sentito il Garante per la *privacy*, di adottare apposite linee guida che disciplinino le procedure per la presentazione e la gestione – *rectius*, profilazione – delle segnalazioni. Dette linee guida devono prevedere l'utilizzo di modalità anche informatiche e devono promuovere il ricorso a sistemi di crittografia che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione²².

La norma in questione può essere letta come un adeguamento della disciplina del *whistleblowing* a quanto previsto dal nuovo Reg. n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali, in particolare circa l'esigenza che il titolare del trattamento utilizzi speciali sistemi di sicurezza (tra i quali l'art. 32, par. 1, lett.

²² A quanto consta le Linee guida sono rimaste quelle emesse con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015. È comunque importante sottolineare come l'ANAC ha messo *online* dal 15 gennaio 2019 un'applicazione informatica specifica – denominata "*Whistleblower*" – per l'acquisizione e la gestione delle segnalazioni di illeciti da parte dei pubblici dipendenti, nel rispetto delle garanzie di riservatezza previste dalle norme vigenti, mentre dal 24 luglio 2019 l'Autorità ha aperta una consultazione pubblica – sempre *online* – sullo schema delle nuove linee guida in materia di *whistleblowing* che andranno a sostituire quelle del 2015. Vedi tali notizie sul sito www.anticorruzione.it.

a, Reg. 2016/679, contempla proprio la pseudonimizzazione e la cifratura), e circa la facoltà del titolare medesimo di adeguarsi a un codice di condotta ai fini della dimostrazione che il trattamento posto in essere è conforme a quanto richiesto dal Regolamento (art. 32, par. 3).

Il co. 6 prevede la potestà sanzionatoria dell'ANAC nei confronti dei membri della pubblica amministrazione che abbiano posto in essere provvedimenti ritorsivi o abbiano omesso doveri del loro ufficio riguardanti le procedure di segnalazione. L'Autorità anticorruzione può irrogare una serie di sanzioni amministrative pecuniarie – con minimi da 5.000 fino a massimo di 50.000 euro – nei confronti del responsabile quando: a) a seguito dell'istruttoria sia emersa l'adozione di misure discriminatorie; b) le procedure di inoltro e gestione delle segnalazioni non sono conformi a quanto previsto al co. 5 o, peggio, sono del tutto assenti; c) viene accertato che le segnalazioni ricevute non sono state sottoposte ad analisi e verifica. L'ANAC determina l'ammontare della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'ente o dell'amministrazione a cui la segnalazione si riferisce.

Fondamentali ai fini della protezione del segnalante nel settore pubblico sono i co. 7 e 8. In questi si specifica che: a) l'onere della prova sul fatto che le misure che si ritengono discriminatorie e/o ritorsive non siano collegate alla segnalazione incombe sull'amministrazione; b) qualora tale onere non sia soddisfatto detti atti sono nulli; c) nel caso l'atto si concreti in un licenziamento, il lavoratore debba essere reintegrato ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Il co. 9 del nuovo art. 54 *bis* conferma l'esclusione dalle tutele per il segnalante che abbia abusato dello strumento di *report* e che sia stato condannato, anche in primo grado, per i reati di calunnia e/o diffamazione o per qualunque altro reato derivante dalla segnalazione, oppure civilmente per dolo o colpa grave.

L'art. 2 della l. n. 179/2017 introduce – come già ricordato – un *corpus* di tutele del *whistleblowing* anche nel lavoro privato, interpolando l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità penale degli enti. Più specificatamente al nuovo comma 2 *bis* dell'art. 6 si prevede che i modelli organizzativi, la cui adozione ed efficace attuazione, pur rimanendo facoltative, scriminano l'ente dalla responsabilità per i reati commessi dai suoi dipendenti, debbano prevedere la creazione di specifici canali che consentano agli stessi soggetti che possono porre in essere i reati – ossia i soggetti apicali e gli altri ad essi sottoposti – di poter presentare, per tutelare l'integrità dell'ente, segnalazioni “circostan-

ziate” di condotte illecite, rilevanti ai fini della responsabilità prevista dal d.lgs. 231 e comunque fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, oppure di violazioni del modello organizzativo di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. I canali in questione garantiscono la riservatezza dell’attività del segnalante ed almeno uno di essi deve essere predisposto, proprio per garantire detta riservatezza, con modalità informatiche.

Ancora, all’interno dei modelli dovrà essere espressamente previsto il divieto di qualunque atto discriminatorio che sia direttamente o indirettamente collegato alla segnalazione, mentre nel codice disciplinare – che è parte integrante del modello stesso – si dovranno prevedere le sanzioni sia per chi viola le “misure di tutela del segnalante”, sia per il segnalante stesso ove, con dolo o colpa grave, abbia posto in essere segnalazioni poi rivelatesi infondate.

Il nuovo co. 2 *ter* dell’art. 6 prevede la possibilità per il segnalante, ma anche per l’organizzazione sindacale a cui abbia affidato mandato, di denunciare all’Ispettorato nazionale del lavoro per i provvedimenti di sua competenza le eventuali misure ritorsive a cui è stato sottoposto a seguito del *report*.

Da, ultimo, il co. 2 *quater* prevede la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, dell’eventuale mutamento di mansioni nonché di qualsiasi altra misura di *retaliation* comminata al segnalante e, soprattutto, l’inversione dell’onere della prova a carico del datore di lavoro. Questo, in caso di controversie riguardanti uno o più atti di “rappresaglia”, dovrà dimostrare che gli stessi siano fondati su ragioni estranee alla segnalazione.

L’art. 3 della l. n. 179 riporta – come detto – un’importante deroga all’obbligo del segreto, statuendo che, nel caso di segnalazione o denuncia avvenuta secondo le modalità e i limiti previsti dalle normative modificate (ossia gli artt. 54 *bis* del d.lgs. n. 168/2001 e 6 del d.lgs. 231/2001), “il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni” costituisce giusta causa di rivelazione di notizie che sarebbero coperte dall’obbligo del segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 cod. pen. e dall’obbligo di fedeltà per il lavoratore subordinato di cui all’art. 2105 cod. civ., con la conseguenza che il segnalante beneficia di una causa di giustificazione che elimina l’illiceità dal suo comportamento “rivelatore”. Non possono contare su tale esimente, invece, coloro che sono tenuti a rispettare il segreto professionale in virtù di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente, l’impresa o la persona fisica interessata dal *report*. Ne sono esclusi poi coloro che rivelano notizie e documenti che sono oggetto di segreto aziendale, professionale

e/o d'ufficio, effettuando il *report* con modalità che eccedono l'eliminazione dell'illecito e/o, soprattutto, disvelando la notizia riservata fuori dai canali di comunicazione specificamente predisposti a tal fine.

La *ratio* della norma consiste nell'impedire che il segreto possa essere un ostacolo al perseguimento di reati che inficiano il buon andamento della PA o mettono a repentaglio il corretto funzionamento delle imprese. Peraltro l'esigenza di combattere gli illeciti non è in ogni caso superiore al dovere di segretezza, ma passa in secondo piano ove colui che sia tenuto alla riservatezza abbia ricevuto le notizie in virtù di uno stretto rapporto fiduciario – la consulenza, appunto – che lo lega all'ente. In ogni caso vengono colpite – e giustamente – condotte che ledono gravemente l'obbligo del segreto perché abnormi rispetto al fine di combattere i reati o poste in essere con il probabile – per non dire unico – scopo di gettare discredito sull'ente (come accade solitamente quando il *report* avviene fuori dei canali previsti dalla legge e la notizia è data, magari, “in pasto” ai *mass media*).

5. *Luci ed ombre nella nuova disciplina nazionale del whistleblower*

La riforma del 2017 conferma l'impianto di tutele per il *whistleblower* fondato sui due pilastri della garanzia – entro certi limiti – della riservatezza circa l'identità del segnalante e della nullità di ogni forma di *retaliation*. Impianto che dal settore pubblico è stato esteso a quello privato.

Partendo dal primo dei due settori, il nuovo art. 54 *bis* molto opportunamente fornisce una definizione di “pubblico dipendente” inclusiva²³. Forse anche troppo, quando attrae nella sua orbita i dipendenti e i collaboratori di imprese che, pur essendo private, forniscono servizi alla pubblica amministrazione, rischiando così di creare una sovrapposizione con la tutela prevista per i lavoratori privati.

Ancora, eliminando la possibilità di effettuare il *report* al proprio superiore gerarchico, il legislatore del 2017 ha cercato di incentivare il dipendente a segnalare eventuali illeciti, privilegiando soggetti destinatari probabilmente non collusi e, in definitiva, più adatti a dare un seguito alla notizia.

Inoltre, questa esclusione rafforza la riservatezza del segnalante. La PA

²³ Sembrano però esclusi i dipendenti di enti privati a semplice partecipazione pubblica. Cfr. sul punto FRIGNANI, *op. cit.*, p. 51.

interessata infatti non potrà conoscere immediatamente il nome del *whistle-blower* e quindi dare seguito altrettanto immediato a misure di ritorsione, in quanto possiederà il nominativo in questione solo quando il *report* interno arriverà al responsabile della prevenzione e corruzione oppure solo nel momento in cui sarà avvertita dal soggetto esterno che ha ricevuto la denuncia (autorità giudiziaria o Corte di conti) o la segnalazione (ANAC)²⁴, onde poter avviare il procedimento disciplinare nei confronti del *wrongdoer*. Il rovescio della medaglia è però dato dal fatto che si è soppresso il canale più vicino al *whistleblower* e quindi anche il più facilmente attivabile, nella convinzione – forse un poco pessimistica – che l’ambiente lavorativo in cui opera il segnalante sia sempre connivente con il *wrongdoer*, o, almeno, per nulla interessato a “turbare il quieto vivere” dando seguito al *report*.

Come nel vecchio testo, anche nel nuovo art. 54 *bis* il legislatore cerca un bilanciamento tra la fondamentale tutela del segnalante alla riservatezza e il diritto – costituzionalmente sancito – dell’incolpato alla sua difesa e al contraddittorio.

Ed è proprio nel procedimento disciplinare contro il sospetto *wrongdoer* che la nuova normativa adotta un bilanciamento di interessi migliore di quello precedente, posto che ora vi è la possibilità per il segnalante di optare sempre per la segretezza della sua identità. Se nel vecchio art. 54 *bis* l’identità del *whistleblower* era protetta solo nel caso in cui l’addebito si fondasse su fatti ulteriori e distinti rispetto al *report*, mentre andava certamente rivelata ove ciò fosse stato assolutamente necessario per assicurare la difesa dell’incolpato in quanto la contestazione si fondava praticamente solo sulla segnalazione, il nuovo testo rimette più opportunamente al segnalante la scelta se permettere la rivelazione della sua identità (e quindi far proseguire il procedimento disciplinare), oppure optare per la riservatezza (e lasciar cadere l’addebito). Si tratterebbe in definitiva di una soluzione più che bilanciata – in pratica un *win/win* – per la quale, nonostante il temperamento degli interessi sia lasciato alla valutazione dello stesso *whistleblower*, si salvano comunque le esigenze di difesa dell’incolpato, visto che, in assenza di contraddittorio, il procedimento è destinato comunque a estinguersi²⁵.

²⁴ Vedi sul punto AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale il dipendente pubblico potrebbe comunque non ritenere opportuna la segnalazione al responsabile anticorruzione che è comunque di norma figura apicale del suo ente.

²⁵ *Contra* sembra essere FRIGNANI, *op. cit.*, p. 52, per il quale è da dubitare che la disciplina possa garantire l’anonimato del segnalante.

Qualora a seguito della rivelazione dell'identità del segnalante vi fossero misure di ritorsione, scatterebbe il secondo pilastro delle tutele del *whistleblowing*, ossia la nullità delle misure stesse, in quanto discriminatorie. In pratica, qualunque sia la reazione della PA a danno del dipendente, e indipendentemente dalla motivazione adottata, questa rimane comunque senza conseguenze a meno che non sia l'amministrazione stessa a dimostrare in giudizio che non vi è alcun nesso di consequenzialità tra la segnalazione e il provvedimento negativo adottato.

Ed è questo, con tutta probabilità, il vero valore aggiunto della riforma del 2017, in quanto l'inserimento della presunzione relativa di ritorsione e la conseguente inversione dell'onere della prova alleggeriscono la posizione processuale del *whistleblower*, specie in quei casi in cui dimostrare il nesso causa/effetto tra *report* e misura negativa risulta arduo, vuoi per la motivazione adottata, vuoi per il lasso di tempo intercorso tra la segnalazione e il provvedimento di *retaliation*.

Qualche perplessità suscita invece la scelta del legislatore di prevedere, in caso di licenziamento ritorsivo, la tutela reintegratoria di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 relativa ai dipendenti del settore privato con contratto "a tutele crescenti"²⁶. La previsione potrebbe porre dei problemi, se si pensa che le conseguenze del licenziamento illegittimo nel pubblico impiego non sono più regolate dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 Stat. lav., ma dal nuovo art. 63, co. 2, del d.lgs. 165/2001 (come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, ossia uno dei decreti attuativi della cd. Riforma Madia)²⁷. Se questo dato si trasforma in un vantaggio per il segnalante, visto che il nuovo art. 63, co. 2, prevede un tetto massimo al risarcimento di 24 mensilità e l'*aliunde perceptum*, mentre la tutela reintegratoria dell'art. 2 del d.lgs. n. 23 è davvero "piena", resta comunque il dubbio che detta disciplina non sia propriamente conforme all'art. 3 della Cost., in quanto tratta in maniera diversa situazioni uguali. Più in particolare, se il licenziamento per *whistleblowing* è un licen-

²⁶ Secondo AVIO, *op. cit.*, p. 662, i problemi interpretativi che si sono registrati sull'applicabilità o meno del d.lgs. 23/2015 ai dipendenti pubblici sarebbero, nel caso del *whistleblower*, superati da un richiamo esplicito.

²⁷ Vedi sul punto le considerazioni di SARACINI, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, I, pp. 527-528, per cui, con la riforma Madia, l'art. 18 "può dirsi definitivamente abrogato". Nello stesso senso vedi NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, 1038, per cui l'originario art. 18 Stat. lav. deve oramai "ritenersi abrogato".

ziamento ritorsivo (ossia per motivo illecito) o discriminatorio²⁸, non si vede perché solo ad esso deve applicarsi la tutela più vantaggiosa di cui all'art. 2 del decreto 23/2015, mentre gli altri licenziamenti nulli – e quindi anche discriminatori o per motivo illecito, ma comunque per cause diverse dalla reazione alla “soffiata” – nel pubblico impiego sono coperti dalla norma meno protettiva di cui al nuovo art. 63 del d.lgs. 165/2001.

Ancora, se il vecchio testo prevedeva di segnalare l'adozione delle misure discriminatorie direttamente al Dipartimento della funzione pubblica, ora vi è il passaggio preventivo all'ANAC. Se questo può sembrare a prima vista solo un appesantimento dell'*iter*, esso è in realtà funzionale a una delle tutele indirette forse più efficaci a favore del segnalante, visto che l'ANAC, a seguito dell'istruttoria, può irrogare al responsabile una sanzione amministrativa – come visto – tra un minimo di 5.000 e un massimo di 50.000 euro. Per la verità, le fattispecie previste dal nuovo art. 54 *bis* sono tre; se per le ultime due (la mancata o scorretta adozione delle procedure per l'inoltro e la gestione del *report*, oppure l'omissione di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute) la sanzione va da un minimo di 10.000 al massimo sopra visto, essa si riduce sia nel minimo (5.000) sia nel massimale (30.000 euro) nel primo caso, ovvero contro il responsabile della misura ritorsiva nei confronti del *whistleblower*. In pratica, nel caso forse più grave – l'adozione di un provvedimento discriminatorio –, al responsabile viene concesso uno “sconto” che non pare trovare una giustificazione. A ciò si aggiunge che le sanzioni con il massimale più alto sono previste per casi in cui bisognerà accertare anche quanta autonoma capacità, soprattutto in termini di spesa, il responsabile aveva per introdurre le procedure di segnalazione e gestione²⁹.

Da ultimo si ribadisce l'assenza di coperture per il dipendente che effettua il *report* in mala fede o senza le dovute cautele e che viene condannato per i reati di calunnia e diffamazione, oppure incorre nella responsabilità civile per aver agito con dolo oppure colpa grave. Se, da una parte, la norma giustamente riprende il tenore del vecchio art. 54 *bis*, e punisce chiunque

²⁸ Peraltro l'assimilazione del licenziamento ritorsivo, ossia per motivo illecito, a quello discriminatorio, pur se oramai consolidata, non è priva di incertezze interpretative. Vedi sul punto BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, p. 231.

²⁹ Cfr. AVIO, *op. cit.*, p. 661, per il quale, anche se il minimo è comunque molto alto e “certamente la funzione deterrente appare realizzata”, la capacità di autonomia del responsabile è fattore che rischia di far suonare la disciplina “come le grida manzoniane”.

abusi del *whistleblowing*, suscita perplessità l’inserimento della “condanna in primo grado” come sufficiente a togliere copertura alla segnalazione³⁰, mentre in precedenza, nel silenzio della norma, occorreva sicuramente il passaggio in giudicato della sentenza. Meglio sarebbe stato omettere l’inciso, il quale potrebbe costituire una fortissima remora ad effettuare le segnalazioni, visti i non infrequenti casi di condanne in primo grado poi completamente rovesciate nei gradi successivi.

Per ciò che riguarda invece il lavoro privato, il fatto che si sia anche soltanto prevista una tutela per il *whistleblower* impiegato in tale settore non può che essere valutato positivamente. Così come dev’essere accolta positivamente la scelta di estendere a favore del segnalante dipendente privato l’inversione dell’onere della prova sulla discriminatorietà del provvedimento – licenziamento, demansionamento, e trasferimento o altra misura organizzativa avente effetti negativi – irrogato.

Rimane però il dubbio di alcune scelte di fondo che rendono la tutela nel lavoro privato probabilmente meno efficace di quella che può aspettarsi il lavoratore pubblico. In prima battuta non convince la scelta di inserire la disciplina di tutela interpolando l’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, già di per sé di non facile lettura. Meglio sarebbe stato inserire un articolo *ad hoc* contenente una disciplina specifica.

In secondo luogo, l’aver agganciato la tutela del *whistleblowing* privato all’adozione dei modelli organizzativi appare rischiosa, in quanto l’adozione dei modelli in questione, pure se richiesta per scriminare l’ente dalla responsabilità penale, rimane pur sempre facoltativa, e quindi rimessa in definitiva alla scelta del datore di lavoro.

Ancora, il testo sembrerebbe prevedere solo le segnalazioni interne e che queste debbano riguardare soltanto condotte illecite “rilevanti” ai fini del d.lgs. n. 231 oppure infrazioni del modello organizzativo. Ma se le prime devono essere “circostanziate” e fondate su fatti precisi e concordanti, nulla è richiesto per le seconde. Se la *ratio* può spiegarsi con il fatto che le infrazioni al modello organizzativo non necessariamente si tradurranno in reati, bisogna ribadire che esse saranno comunque rilevanti ai fini di un eventuale procedimento disciplinare contro l’incolpato, il quale corre così il rischio di finire “sotto accusa” anche per segnalazioni vaghe o indeterminate.

³⁰ *Contra* sembra essere AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale l’espressione “non sono garantite” non necessariamente conduce ad un’interpretazione ablativa della protezione.

Sul punto rimane da chiedersi perché le condotte illecite rilevanti che permettono di integrare un *report* tutelato siano soltanto quelle che denunciano i reati previsti dal d.lgs. n. 231³¹ e non anche quelle riguardanti altri reati, le quali avranno come unico canale la denuncia ai soggetti esterni, con il dubbio se, in tali casi, il lavoratore privato possa chiedere l'applicazione delle tutele previste dall'art. 6 oppure debba continuare a fondare la sua difesa sui principi giurisprudenziali elaborati in tema di diritto di critica. *Nulla questio* invece per il canale interno, il cui utilizzo – come detto sopra³² – risolve il problema della fiducia tra lavoratore e datore, il quale non potrà mai eccipere la mancanza di fedeltà al *whistleblower* che lo abbia utilizzato³³.

Anche la disciplina della riservatezza del *whistleblower* non sembra essere all'altezza, posto che è menzionata solo riguardo ai canali che consentono di veicolare la segnalazione, i quali devono comunque tutelarla (siano essi telematici o meno). Nulla si dice sulle modalità di tale tutela, né su come bilanciare il diritto del segnalante all'anonimato con il diritto di difesa dell'incolpato, lasciando al datore la piena discrezionalità sul punto. Meglio sarebbe stato richiamare sul tema quanto già esaminato sopra all'art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/01.

Da ultimo, l'unica tutela indiretta prevista è l'eventuale segnalazione, da parte del *whistleblower* o del sindacato delegato, dei provvedimenti ritorsivi all'Ispettorato nazionale del lavoro per le misure di competenza, con la conseguenza che non sono previste sanzioni *ad hoc* contro i soggetti che hanno previsto le misure di *retaliation*, a meno che queste non integrino già da loro illeciti amministrativi.

6. La Direttiva n. 1937 del 2019

Può sembrare strano, ma per una volta il nostro legislatore è riuscito, in materia di tutele del *whistleblower*, ad anticipare la disciplina dell'UE. Infatti

³¹ Sembra della stessa opinione anche VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *DRI*, 2019, p. 500. Peraltro l'A. esclude sicuramente dalla disciplina la segnalazione di un illecito non penale, mentre nulla dice riguardo ai reati che non rientrano nel catalogo del d.lgs. 231.

³² Vedi supra par. 3 e nota 17.

³³ Concetto riaffermato anche da AVIO, *op. cit.*, p. 665, secondo il quale se vi è comunque un interesse collettivo superiore non si potrà impedire al segnalante di utilizzare anche strumenti di diffusione ulteriori.

solo con la Direttiva 2019/1937 del 23 ottobre 2019 il legislatore europeo ha previsto, in materia di protezione a favore del segnalatore di illeciti, una normativa comune che si compone di un copioso numero di *considerando* (ben 112), e di un *corpus* formato da 29 articoli e un allegato³⁴.

L'ambito d'applicazione della nuova Direttiva è delineato dal combinato disposto degli artt. 2 (ambito di applicazione materiale) e 4 (ambito di applicazione personale).

L'art. 2 individua le materie che sono coperte da essa, ossia le infrazioni alla disciplina dell'UE il cui *report* è protetto dalla Direttiva medesima. Si tratta di un elenco piuttosto eterogeneo di materie indubbiamente importanti per la collettività, che spazia dagli appalti pubblici alle violazioni delle regole del mercato interno (comprese concorrenza e aiuti di stato), dal riciclaggio al terrorismo, dalla tutela del consumatore, della salute pubblica e dell'ambiente, alla sicurezza dei prodotti, dei trasporti e del nucleare, fino alla *privacy* e alla sicurezza degli animali.

Nell'elenco non compaio materie riguardanti il rapporto di lavoro, nemmeno in tema di prevenzione e sicurezza. Né sarebbe possibile inquadrare questo pur importantissimo ambito nell'area della salute pubblica (art. 2, par. 1, punto viii), posto che l'elenco di cui all'art. 2, par. 1, richiama specificamente e trova applicazione solo ed esclusivamente nell'ambito degli atti legislativi dell'Unione contenuti nell'allegato. E tra questi non ve n'è uno che riguardi la salute e sicurezza dei lavoratori.

In realtà la sicurezza e il miglioramento delle condizioni di lavoro sono prese in considerazione, ma solo all'art. 27, e nell'ambito della relazione finale di impatto che la Commissione dovrà adottare e presentare al Parlamento europeo dopo 4 anni dal recepimento della Direttiva. Sarà solo nell'ambito di tale relazione che la Commissione proporrà l'allargamento o meno dell'ambito di applicazione della nuova Direttiva ad altri atti o aree del diritto UE, e più in particolare proprio al "miglioramento dell'ambiente di lavoro allo scopo di tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e le condizioni di lavoro" (art. 27, par. 3).

Peraltro ciò non significa che gli Stati membri siano impossibilitati ad allargare le maglie dell'art. 2 della Direttiva. Invero al par. 2 della norma si

³⁴ Per delle prime, generalissime valutazioni sulla Proposta della Direttiva in esame, vedi SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato: la legge 197 del 2017 nella prospettiva europea*, in *LDE*, 2019, n. 2, p. 1 ss.

specifica che, nel darle attuazione, gli Stati potranno estendere la protezione anche ad argomenti non previsti da essa, dicendo implicitamente che quello ivi contenuto è solo l'ambito "minimo", a cui la legge nazionale non può derogare *in peius*, ma a cui è liberissima di aggiungere nuove ipotesi di tutela.

L'art. 4 prevede invece l'ambito di applicazione personale, ossia individua i soggetti segnalanti coperti dall'ombrello protettivo della nuova Direttiva. In prima battuta troviamo così i lavoratori subordinati sia pubblici sia privati, i lavoratori autonomi, gli azionisti oppure i membri di organi di amministrazione o vigilanza di un'impresa, nonché "qualsiasi persona che lavora sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori". Costoro ricevono protezione non soltanto qualora divulgano le informazioni durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma anche quando dette informazioni siano acquisite e divulgate "nel quadro di un rapporto di lavoro nel frattempo terminato", oppure quando il rapporto di lavoro non è ancora iniziato, purché in tale caso le informazioni siano acquisite durante il processo di selezione oppure all'interno delle trattative precontrattuali.

In seconda battuta, il par. 4 dell'art. 4 estende la tutela a soggetti diversi dal segnalante, ma che possono essere a lui legati in vario modo e divenire quindi oggetto di rappresaglia. I primi a essere menzionati dalla norma europea sono i "facilitatori", ossia coloro che assistono "fisicamente" il segnalante nel processo di *report* all'interno del contesto lavorativo. Il pensiero corre immediatamente ai rappresentanti sindacali, ma non si potrebbero escludere anche altri soggetti, quali il professionista a cui il segnalante dà mandato, oppure i preposti istituiti con le procedure di segnalazione interne. Seguono poi i terzi che sono connessi al segnalante da speciali rapporti e che per tali ragioni possono, all'interno del contesto lavorativo, subire ritorsioni (parenti e/o colleghi di lavoro). Rilevano infine i soggetti/persone giuridiche di cui il segnalante è proprietario, in cui lavora o a cui è comunque legato in un contesto lavorativo. La *ratio* di tale estensione dell'ombrello protettivo è abbastanza intuibile, volendo il legislatore dell'Unione impedire una ritorsione indiretta da parte del soggetto danneggiato dal *report*, ritorsione che, a volte, può essere molto più efficace di una rappresaglia diretta.

L'art. 5 della Direttiva è fondamentale, in quanto prevede le condizioni in base alle quali il *report* è conforme al diritto dell'Unione e il *whistleblower* ha, conseguentemente, diritto alla tutela.

Innanzitutto occorre che la segnalazione riguardi violazioni nell'ambito

delle materie specificate dalla Direttiva medesima. Ciò significa che un *report* avente a oggetto informazioni su violazioni diverse da quelle individuate dall'art. 2 non potrà ricevere tutela, a meno che la legge nazionale non abbia allargato l'ambito di protezione *ratione materiae*, così ricomprendendo anche segnalazioni che esulino dal "minimo comun denominatore" previsto dalla disciplina dell'UE.

In secondo luogo, il segnalante deve avere "fondati motivi" di ritenere che le informazioni siano vere e che rientrino nell'ambito della Direttiva. Ciò significa che al *whistleblower* non è richiesta la verità assoluta delle informazioni disvelate (e il conseguente onere di ricercare detta verità), ma è sufficiente la c.d. verità "putativa", purché supportata da indizi che, a una persona dotata di normale diligenza, indichino come probabile il futuro avverarsi della violazione oppure la consumazione già avvenuta di questa. A favore di tale impostazione sembra deporre anche la lettera dell'art. 6, par. 1, n. 2, della Direttiva. La norma, nel definire il concetto di "informazioni sulle violazioni", parla di "informazioni o fondati sospetti riguardanti effettive o potenziali violazioni, nonché tentativi di occultare violazioni che si sono verificate o che molto verosimilmente potrebbero verificarsi nell'organizzazione". Al segnalante – e qui è chiara la *ratio* della norma nell'attribuire un ruolo attivo al *whistleblower* in funzione non soltanto repressiva, ma anche soprattutto preventiva dell'illecito – basterà riportare i suoi sospetti su violazioni anche solo potenziali, purché detti sospetti non derivino da semplici "voci di corridoio". In definitiva, il *whistleblower*, se da un lato non sarà costretto ad accertare la completa verità di quello che intende segnalare, non potrà nemmeno effettuare il *report* a cuor leggero o, peggio, ben sapendo che le informazioni riportate sono prive di fondamento.

La terza condizione (art. 5, par. 1, lett. b) riguarda le modalità di effettuazione del *report*. Il segnalante ha diritto alla protezione se effettua una segnalazione interna e una esterna, ovvero segnala direttamente tramite il canale esterno o ancora divulga le informazioni al pubblico, purché – in quest'ultimo caso – vi sia il rispetto di quanto stabilito nell'art. 15 della Direttiva.

A prima vista può lasciare perplessi la prima parte della lett. b, nella quale si chiede di effettuare sia il *report* interno sia quello esterno. La norma sembrerebbe imporre un'inutile duplicazione. Ma se si guarda l'*iter* della Direttiva, il testo acquista una sua coerenza. La proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 23 aprile 2018 prevedeva infatti il *report* interno come canale

privilegiato rispetto a quello esterno, tanto che, prima di poter effettuare la segnalazione usando il canale esterno, il *whistleblower* avrebbe dovuto aspettare l'esito – negativo – di quello interno. Questa disposizione era stata criticata dal sindacato europeo, perché ritenuta – non a torto – più una norma di protezione delle imprese nei confronti dei segnalanti che l'inverso³⁵. Il Parlamento europeo ha poi emendato il testo della proposta con una soluzione di compromesso. Il *report* interno rimane il canale privilegiato, ma al *whistleblower* viene offerta la scelta tra segnalare la violazione alla sua azienda e poi adire l'autorità competente, oppure interpellare direttamente quest'ultima.

La Direttiva permette le segnalazioni anonime, ma lascia impregiudicati gli Stati membri nel decidere se accettarle e dare ad esse seguito o meno.

Il par. 4 dell'art. 5 estende la protezione anche al segnalante che adisce direttamente i competenti organi dell'UE, equiparando il *report* comunitario a quello esterno.

Il *report* interno è disciplinato dagli artt. 7-10. Il primo di detti articoli “tradisce” ancora la visione della Commissione nel privilegiare il canale interno, posto che esso viene definito come la “via generale” per segnalare le violazioni – il canale esterno e la pubblica *disclosure* sono infatti eccezioni³⁶ –, mentre gli Stati membri “incoraggiano” l'uso della segnalazione interna prima di quella esterna, ove la prima possa affrontare e risolvere più efficacemente il problema e, naturalmente, il *whistleblower* ritenga che non vi sia pericolo di ritorsione. Nella filosofia che nulla deve essere tralasciato per spingere il segnalante a utilizzare il canale interno il par. 3 dell'art. 7 dispone che, in ogni caso in cui devono essere date al *whistleblower* le informazioni su come effettuare la segnalazione (sia essa interna, esterna o pubblica), bisogna sempre fornire – anche quando si spiega al soggetto come adire la pubblica autorità o le istituzioni europee competenti – “adeguate informazioni relativamente all'uso di tali canali interni” nell'intento – nemmeno troppo velato – di indirizzarlo verso questi ultimi.

La Direttiva prevede all'art. 8 l'obbligo per i soggetti giuridici privati e pubblici di istituire canali e procedure di segnalazione interna previa consultazione e accordo con le parti sociali, ove previsto dalla legislazione nazionale. Peraltro non tutti i soggetti giuridici sono vincolati a tale obbligo.

³⁵ Cfr. ETUC, ETUC position on the EU Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law – Whistleblowing (Draft position), Sofia 25-26 giugno 2018.

³⁶ Vedi sul punto SITZIA, *op. cit.*, p. 13.

Nel settore privato lo sono solo quelli che abbiano almeno 50 dipendenti, o quelli che, indipendentemente dal numero degli occupati, svolgono le attività rientranti negli atti normativi dell'UE previsti alle parti I.B e II dell'allegato (in materia soprattutto di riciclaggio e terrorismo). Nel settore pubblico invece possono essere dispensati i comuni con meno di 50 addetti oppure con meno di 10.000 abitanti. In ogni caso è data facoltà agli Stati membri di prevedere ulteriori esenzioni per soggetti al di sotto dei 50 dipendenti oppure al contrario di imporre agli stessi – se privati – l'obbligo di dotarsi del canale interno dopo adeguata valutazione del rischio (specie ove esso riguardi la salute pubblica e l'ambiente *ex art. 8, par. 7*).

I canali e le procedure devono permettere di effettuare il *report* sia al dipendente, sia ad eventuali terzi che, nell'ambito della loro attività professionale, sono in contatto con il soggetto giuridico obbligato. Detti canali possono essere gestiti internamente dall'obbligato stesso oppure essere messi a disposizione da terzi, e in ogni caso devono prevedere adeguate misure di sicurezza per garantire la riservatezza dell'identità di tutti coloro che sono coinvolti, oltre che l'invio di un avviso di ricevimento della segnalazione (da inoltrare al *whistleblower* entro un massimo di 7 giorni) e un "diligente" seguito (*c.d. follow up*) della stessa. Il *follow up* deve a sua volta esaurirsi in un termine "ragionevole" comunque non superiore a tre mesi a far data dall'avviso di ricevimento, oppure, in mancanza, dal settimo giorno successivo alla segnalazione. In ogni caso al segnalante devono essere fornite tutte le informazioni – chiare e facilmente accessibili – anche per effettuare segnalazioni esterne, in modo da permettergli di scegliere.

Proprio la segnalazione esterna è a sua volta disciplinata dagli artt. 10-14 della Direttiva e consiste nell'adire le autorità competenti dopo l'infruttuoso utilizzo del *report* interno oppure direttamente, bypassando il canale endoaziendale. Le autorità competenti sono individuate dagli Stati membri che hanno l'obbligo di dotarle delle risorse adeguate per dare riscontro alle segnalazioni.

Anche nella segnalazione esterna le autorità riceventi hanno l'obbligo di dare un avviso di ricevimento entro 7 giorni, a meno che il segnalante lo rifiuti esplicitamente oppure l'autorità ritenga ragionevole che l'avviso metta a repentaglio la riservatezza dell'identità del *whistleblower* (art. 11, par. 1, lett. b).

Le autorità competenti danno un riscontro al segnalante entro un periodo ragionevole non superiore a tre mesi, oppure a sei in casi "debitamente giustificati". I canali devono prevedere – come nel caso di *report* interno – la

segnalazione orale, scritta, tramite telefono o altra messaggistica vocale, oppure mediante incontro diretto. È fatto obbligo alle autorità di prevedere sul loro sito *web* tutte le informazioni contenute nell'art. 13 (dati di contatto, regime di riservatezza, ecc.).

L'art. 15 della Direttiva disciplina le condizioni per le quali un soggetto che opera una divulgazione pubblica può essere tutelato. Il primo caso – peraltro altamente improbabile – è dato dall'infruttuosa segnalazione sia interna che esterna o soltanto esterna, mentre il secondo permette al *whistleblower* di ignorare i canali *standard* purché vi sia fondato motivo di ritenere che la violazione possa rappresentare un pericolo imminente e palese per il pubblico interesse (tipo situazione di emergenza o rischi di danno irreparabile), oppure, in caso di sola segnalazione esterna, vi sia il rischio di ritorsioni o la scarsa prospettiva che la violazione sia efficacemente affrontata, magari perché l'autorità competente è collusa col *wrongdoer*. A leggere la norma può apparire strano come il legislatore europeo abbia così tanta sfiducia nelle autorità pubbliche, mentre non dubita minimamente delle imprese private, le quali – a dar retta al pensiero sotteso in tale articolo – non potrebbero mai essere coinvolte nella violazione, né potrebbero effettuare misure di ritorsione nei confronti del *whistleblower*. Peraltro il passaggio in esame non fa che rafforzare l'impostazione originaria della Direttiva, tutta sbilanciata a favore del *report* interno, e, in definitiva, a tutelare più le imprese che i segnalanti.

L'art. 16 impone l'obbligo di riservatezza dell'identità del segnalante, a meno che la divulgazione di essa sia un obbligo – “necessario e proporzionato” – previsto dalla legislazione europea o nazionale, nel contesto delle indagini e/o del procedimento giudiziario, anche al fine di salvaguardare i diritti di difesa dell'incolpato. Naturalmente, ove il *whistleblower* dia il suo consenso, non vi saranno problemi, altrimenti questi deve essere informato prima della divulgazione, ma solo l'autorità competente ha l'obbligo di motivare le ragioni della divulgazione, mentre nulla si dice in caso di *report* interno. La Direttiva tace anche sul diritto del *whistleblower* di rifiutare la rivelazione della sua identità, creando così un *vulnus* non da poco alla sua protezione.

L'art. 19 della Direttiva prevede il divieto di ritorsione, sia diretta che indiretta, comprese le minacce e i tentativi di *retaliation*. Posto che la norma in discorso parla di “qualsiasi forma di ritorsione” l'elenco previsto dal par. 1 – elenco peraltro molto ampio, che spazia dal licenziamento fino alla sottoposizione di accertamenti medici e psichiatrici – è da considerarsi meramente esemplificativo e non tassativo.

Sono previste altresì misure di sostegno alle persone coinvolte nella segnalazione quali l'accesso pubblico e gratuito a informazioni e consulenze esaustive sulle procedure di ricorso contro le ritorsioni e sui diritti della persona, oltre che l'ammissione al patrocinio a spese dello stato nel caso di procedimento penale e/o civile transfrontaliero.

Ancora, la Direttiva prevede una serie di misure protettive che vanno dalla esenzione di responsabilità per la divulgazione di informazioni e per l'accesso e l'acquisizione delle stesse, a meno che tali comportamenti non costituiscano di per sé reati secondo la legge nazionale, fino all'inversione dell'onere della prova in caso di procedimenti giudiziari per danno subito dal segnalante. In tale ultimo caso il *whistleblower* dovrà in pratica dimostrare solo di aver effettuato un *report* o una divulgazione pubblica – oltre ovviamente al danno subito –, visto che la misura dannosa si presume sempre ritorsiva. Spetterà al soggetto che l'ha irrogata di provare che essa sia imputabile ad altri motivi “debitamente giustificati” (art. 21, par. 5).

Sia i segnalanti, sia i facilitatori, possono accedere a misure correttive “adeguate contro le ritorsioni”, lasciate peraltro alla discrezionalità degli Stati membri, tra le quali provvedimenti provvisori in attesa della definizione dei giudizi.

La Direttiva non dimentica la protezione della persona coinvolta nel *report* (in pratica, l'incolpato), e all'art. 22 prevede il rispetto del principio del giudizio imparziale, della presunzione di innocenza e del diritto alla difesa, nonché alla riservatezza della sua identità nel corso delle indagini, anche se tale obbligo di riservatezza sembra applicarsi solo alle autorità pubbliche.

L'art. 23 contiene l'obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive contro le persone, fisiche o giuridiche che ostacolano o tentano di ostacolare le segnalazioni, adottino misure ritorsive o comunque “procedimenti vessatori” contro il *whistleblower* e/o le persone a lui legate, o violino l'obbligo di riservatezza sulla sua identità. Stesse sanzioni – proporzionate, effettive e dissuasive – devono essere apprestate anche nei confronti dei segnalanti che hanno “scientemente” effettuato segnalazioni e/o divulgazioni che sapevano essere false. Ne consegue che solo i *whistleblowers* che hanno agito in malafede potranno essere colpiti dalle sanzioni previste dalla legislazione nazionale, mentre ne sembrano esclusi coloro che abbiano effettuato la segnalazione colposamente, indipendentemente dal grado della colpa.

L'art. 24 sancisce, infine, l'indisponibilità delle tutele previste dalla Direttiva; queste sono così sottratte a qualunque atto di autonomia privata, compresi eventuali compromessi arbitrari, mentre l'art. 25 prevede opportu-

namente la clausola di non regresso, per cui “l’attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione già offerto dagli Stati membri nei settori cui si applica la direttiva”. Il punto è che detta clausola copre solo “i settori cui si applica la direttiva”, sembrando così lasciare impregiudicato un eventuale arretramento nei settori ove essa non si applica: nel caso italiano, la tutela della salute e la sicurezza sul lavoro.

7. Conclusioni

La riforma del *whistleblowing* attuata con la l. n. 179/2017 ha l’indubbio pregio di superare alcune delle maggiori criticità che affliggevano la precedente disciplina, prima fra tutte la mancanza di una tutela *ad hoc* nel settore privato. Anche l’inversione dell’onere della prova, che alleggerisce la posizione processuale del segnalante in caso di misure “in odore” di *retaliation*, configura un robusto incentivo ad effettuare il *report*.

Come contraltare però vi è l’evidente disparità tra il sistema – pur con i nei sopra evidenziati – delle tutele per il dipendente pubblico e quello per il dipendente privato, il quale non sembra avere – almeno dal punto di vista potenziale – la stessa efficacia.

Non è tanto l’inserimento della disciplina di tutela nell’impianto generale del d.lgs. n. 231/2001 ad essere errata, quanto la scelta di trasformare la stessa in una parte del modello organizzativo, ossia di un elemento che, per quanto indispensabile ai fini dell’esonero della responsabilità da reato, rimane pur sempre una facoltà per l’ente e non un obbligo.

Ancora, nel sistema privato manca una solida disciplina sulla riservatezza del segnalante, rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro circa i modi della sua attuazione, rischiando così di creare una serie di discipline diversissime tra un’impresa e l’altra, con conseguente impatto negativo sulla tutela del *whistleblower*. Questo, in casi del tutto analoghi, potrebbe infatti vedersi riconosciute protezioni più o meno efficaci in base al fattore – meramente accidentale – dell’impresa di appartenenza.

In più non è previsto, sempre nel settore privato, nessun meccanismo generale per bilanciare il diritto alla riservatezza del segnalante con quello – altrettanto fondamentale – di difesa dell’incolpato, con la conseguenza che il *whistleblower* dovrà leggere attentamente il procedimento eventualmente

previsto sul punto nel codice disciplinare contenuto nel modello organizzativo prima di effettuare il *report*, con tutte le incertezze e le conseguenze che ben si possono immaginare ove tale previsione manchi.

Si segnala altresì la mancanza di una disciplina delle conseguenze del *report* esterno, con il dubbio – tutt’altro che infondato, visto il silenzio della legge – che, in caso di denuncia a soggetti esterni, per quanto istituzionali (va da sé che la protezione del nuovo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 non si applica ove il *report* sia effettuato ai *mass media*), si lasci il lavoratore senza la copertura legislativa e lo si esponga all’alea processuale di far accertare la natura ritorsiva o discriminatoria dell’eventuale provvedimento a suo carico, senza poter far valere in sede giudiziaria la tutela dell’inversione dell’onere della prova³⁷.

In definitiva, la nuova disciplina, se può dirsi incentivante nel pubblico impiego, lascia invece presagire una scarsa efficacia in quello privato, posto che sembrano esservi criticità tali da costituire una forte remora all’utilizzo dello strumento del *whistleblowing* da parte dei lavoratori delle imprese.

Né sul punto pare – a chi scrive – di qualche utilità l’inserimento, caldeggiato da una parte della dottrina, del *bounty* americano, ossia dell’incentivo economico – o altro tipo di vantaggio – connesso all’effettuazione del *report*³⁸. A parte il dubbio etico circa la correttezza di una “delazione” interessata al tornaconto personale – che peraltro cozzerebbe con la lettera della l. n. 179/2017, la quale richiede che la segnalazione sia effettuata “nell’interesse dell’integrità della pubblica amministrazione” ed “a tutela dell’integrità dell’ente” – rimarrebbe sempre il problema del rischio di una “denuncia selvaggia tra novelli *bounty killers*”³⁹, che finirebbe non per incentivare, ma per minare l’efficacia stessa dell’istituto, senza poi considerare il clima praticamente intollerabile – da vera e propria “caccia alle streghe” – che potrebbe venire a crearsi all’interno del contesto lavorativo, non importa se pubblico o privato⁴⁰.

³⁷ Sembra dello stesso pensiero anche SITZIA, *op. cit.*, pp. 12–13, per cui la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio del *whistleblower* è riferibile esclusivamente al soggetto che si avvale dei canali previsti dal modello organizzativo. Peraltro, secondo questa opinione, tale interpretazione sarebbe perfettamente in linea sia con la giurisprudenza della Corte Edu, per cui il bilanciamento tra l’obbligo della riservatezza e il diritto del lavoratore ad esprimere la sua opinione vorrebbe comunque l’utilizzo preventivo del solo *report* interno, e, qualora quest’ultimo si riveli impossibile o inutile, l’utilizzo di quello esterno, sia – come visto sopra – con la lettera della Direttiva n. 2019/1937, che continua a favorire il *report* interno rispetto a quello esterno.

³⁸ Cfr. sul punto sia FRIGNANI, *op. cit.*, p. 54, sia ARNAUDO, *op. cit.*, p. 357 ss.

³⁹ Ancora ARNAUDO, *op. cit.*, pp. 359–360.

⁴⁰ Benché favorevole all’incentivo, sembra avvedersi di tale pericolo anche FRIGNANI, *op.*

Nel complesso quella del 2017 può considerarsi una riforma a “metà”, con molte occasioni perdute, specie nel settore privato, per dare un’efficace attuazione a un modello – quello del *whistleblowing* – le cui ricadute pratiche nel quadro generale del corretto agire degli enti sono da valutarsi, comunque, in maniera positiva. Questo almeno finché il nostro legislatore non modificherà la normativa per adeguarla a quanto previsto dalla Direttiva 2019/1937. E infatti basta confrontare il testo della Direttiva con quello della l. n. 179/2017 per capire che la disciplina italiana è ben lungi dal poter essere considerata conforme ai precetti europei.

Se la normativa nel settore pubblico può essere mantenuta nel suo nucleo, con poche, ma importanti integrazioni, quali la previsione della divulgazione pubblica, l’allargamento della tutela anche alle persone collegate al *whistleblower* – facilitatori *in primis* – e l’adeguamento alle disposizioni per la tenuta e la conservazione degli atti e documenti, non così per la disciplina privata, che dovrà probabilmente essere completamente riscritta. A parte infatti l’ambito di applicazione dell’obbligo di dotarsi di canali di segnalazione, che la Direttiva circoscrive alle sole aziende con almeno 50 dipendenti, mentre la normativa italiana richiede – ove voler essere scrimate – a tutte le imprese private, le lacune e le omissioni che essa presenta rispetto a ciò che richiedono le regole europee sembrano essere troppe e troppo palesi. E stavolta difficilmente basterà una semplice interpolazione dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 per adeguarsi alla normativa dell’UE⁴¹.

cit., p. 55, per il quale il pericolo di una corsa a denunce false o diffamatorie può aumentare in proporzione all’entità della ricompensa che si può percepire. Pericolo che però, secondo l’A., potrebbe comunque verificarsi anche senza la previsione di alcuna ricompensa.

⁴¹ Più o meno dello stesso avviso è SITZIA, *op. cit.*, per cui “questo approccio dovrà necessariamente essere ripensato quando si tratterà di recepire la Direttiva dell’Ue sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione “. Più soft VITALETTI, *op. cit.*, p. 511, per la quale la l. 179/2017 “dovrà confrontarsi” con quanto previsto dalla Direttiva.

Abstract

Il saggio esamina l'istituto del *whistleblowing* analizzando la situazione del segnalante nell'impiego pubblico e privato sia prima che dopo la riforma entrata in vigore con la l. 179 del 2017, visionando anche la disciplina posta dalla recentissima Direttiva UE n. 2019/1937 ed il suo possibile impatto sulla normativa nazionale.

The essay studies the whistleblower's condition on public and private employment both before and after the reform entered into force with l. n. 179/2017, and analyses the rules stated by the recent EU Directive n. 2019/1973 and its possible impact on national legislation.

Key words

Impiego pubblico e privato, segnalante, tutela dell'anonimato, onere della prova, riservatezza, obbligo di fedeltà.

Public and private employment, whistleblower, whistleblower protection, burden of proof, duty of loyalty.

Corte di Giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione) – 14 maggio 2019 – C-55/18; Pres. Lenaerts, Rel. Regan, Avv. Gen. Pitruzzella – Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2003/88/CE – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell’orario di lavoro – Riposo giornaliero e settimanale – Durata massima dell’orario di lavoro – Sistema misurazione orario di lavoro giornaliero – Obbligo istituzione – Sussiste.

Gli artt. 3, 5 e 6 della direttiva 2003/88, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, letti alla luce dell’art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nonché dell’art. 4, par. 1, dell’art. 11, par. 3, e dell’art. 16, par. 3, della direttiva 89/391, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l’interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l’obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

★ ★ ★

Giuseppe Gentile

Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La vicenda e il quadro normativo di riferimento. **3.** Il principio di effettività delle tutele secondo la Corte di giustizia. **4.** Le possibili ricadute della sentenza nell'applicazione della normativa italiana.

1. Premessa

Con la sentenza emanata il 14 maggio 2019 nella causa C-55/18 la Corte di giustizia ha posto nuovamente l'attenzione sugli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88/CE¹, volti ad assicurare la piena effettività della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro per ciò che concerne l'organizzazione dell'orario di lavoro.

Com'è noto, sulla disciplina dei tempi di lavoro la Corte è stata chiamata a pronunciarsi a più riprese – anche se in termini e su ambiti normativi in parte diversi – con decisioni che, pur con i margini di discrezionalità garantiti agli Stati membri in ragione della funzione di armonizzazione minima della direttiva 2003/88, hanno costantemente rimarcato la necessità di garantire l'effettività delle tutele ivi contemplate, in un'ottica di ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti l'orario di lavoro².

La direttiva 2003/88 ha come obiettivo quello di fissare prescrizioni minime di salute e sicurezza in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, al cui raggiungimento concorrono, tra le varie, le disposizioni che fissano i periodi minimi di riposo giornaliero³ e settimanale⁴, nonché un tetto per la durata media della settimana lavorativa⁵.

¹ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU 2003, L 299).

² V., in tal senso, C. Giust. 9 novembre 2017, Maio Marques da Rosa (C 306/16, punto 45); e, sull'effettività del diritto alle ferie, C. Giust. 8 novembre 2012, Heimann (C-229 e C-230/11), in *DRI*, 2013, p. 559 con nota di GRIECO, *Il diritto alle ferie e il principio del pro rata temporis secondo la Corte di giustizia. Lo stato dell'arte della giurisprudenza comunitaria sul diritto al riposo annuale*.

³ Pari ad undici ore consecutive nel corso di ogni periodo di ventiquattro ore, ai sensi dell'art. 3.

⁴ Pari a ventiquattro ore per ogni periodo di sette giorni, ai sensi dell'art. 5.

⁵ Pari a quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario, ai sensi dell'art. 6, lett. b).

Trattasi, invero, di disposizioni che la Corte di giustizia riconduce alla c.d. normativa sociale dell'Unione, di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare nell'interesse individuale proprio, ma anche in quello del datore di lavoro e nell'interesse generale⁶: le suddette disposizioni trovano infatti un formale riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con le previsioni che «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», e «a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie retribuite»⁷.

In tale quadro sistematico, la sentenza affronta le questioni convergenti sui diritti del lavoratore alla limitazione della durata massima settimanale del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali, giungendo a sostenere – con argomentazioni incentrate sulla necessità di garantire un “effetto utile” alle prescrizioni minime della direttiva 2003/88 – l'obbligo per il datore di lavoro di introdurre sistemi di misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

Il principio di effettività, nelle sue diverse articolazioni, costituisce dunque il valore cui la Corte dichiara di rifarsi nella decisione.

Appare utile ripercorrere le tappe argomentative e le conclusioni, molto incisive, cui giunge la Corte di giustizia, anche al fine di affrontare le possibili ricadute nell'applicazione della disciplina italiana sull'orario di lavoro.

2. *La vicenda e il quadro normativo di riferimento*

La causa in questione trae origine da un ricorso collettivo promosso da un sindacato spagnolo⁸, dinanzi alla Corte centrale di Spagna (*Audiencia Nacional*), per chiedere la pronuncia di una sentenza che obbligasse un'azienda

⁶ L'ampio rinvio è C. Giust. 10 settembre 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras* (C 266/14, punto 24); C. Giust. 1^o dicembre 2005, *Dellas e a.* (C 14/04, punto 49); e alle conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (C 684/16, punto 52).

⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), art. 31.

⁸ Nel giudizio promosso dalla *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, facente parte dell'organizzazione sindacale più rappresentativa a livello statale in Spagna, sono intervenute, a supporto, altre quattro organizzazioni sindacali: la *Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT)*, la *Confederación General del Trabajo (CGT)*, la *Confederación Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA)*, la *Confederación Intersindical Galega (CIG)*.

(la Deutsche bank) ad istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero svolto dai dipendenti, al fine di verificare il rispetto degli orari di lavoro contrattualmente stabiliti, con conseguente trasmissione ai rappresentanti sindacali delle informazioni relative al lavoro straordinario effettuato mensilmente.

Ad avviso del sindacato ricorrente, l'obbligo di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero, e dunque dei tempi di lavoro di ciascun dipendente, risulterebbe dall'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dagli artt. 3, 5, 6 e 22 della direttiva 2003/88/CE, nonché dalle Convenzioni OIL n. 1 e n. 30 sulla durata del lavoro⁹. Per contro, l'azienda convenuta considerava che l'ordinamento spagnolo, agli artt. 34 e 35 dello Statuto dei lavoratori, contiene precise prescrizioni in ordine alla durata dell'orario di lavoro settimanale e ai periodi minimi di riposo giornaliero¹⁰, e anche in materia di lavoro straordinario¹¹, da cui non si rinverrebbe un obbligo di misurazione dell'orario di lavoro giornaliero ad applicazione generale.

Contestualmente, l'Ispettorato del lavoro spagnolo – con un provvedimento che per certi versi richiama il potere di disposizione del personale ispettivo in materia di lavoro e legislazione sociale, disciplinato dal d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124 (su cui cfr. *infra* par. 4) – chiedeva alla Deutsche bank di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero e, di fronte all'inottemperanza di tali richieste, redigeva un verbale di accertamento con proposta di sanzione.

⁹ Convenzioni OIL n. 1 sulla durata del lavoro nell'industria adottata a Washington il 28 novembre 1919, e n. 30 sulla durata del lavoro nel commercio e uffici adottata a Ginevra il 28 giugno 1930.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 34 de l'Estatuto de los Trabajadores, «1. La durata dell'orario di lavoro è quella stabilita nei contratti collettivi o nei contratti individuali. La durata massima dell'orario di lavoro ordinario è di 40 ore a settimana di lavoro effettivo calcolato sulla media dell'anno. (...) 3. Devono trascorrere almeno dodici ore tra la fine di un periodo di lavoro e l'inizio del periodo seguente. Il numero di ore ordinarie di lavoro effettive non può superare le nove ore al giorno, a meno che un accordo collettivo o, in mancanza di questo, un accordo concluso tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori non preveda un'altra ripartizione dell'orario di lavoro giornaliero; il riposo tra i periodi di lavoro deve in ogni caso essere rispettato. (...)».

¹¹ Ai sensi dell'art. 35, rubricato «Lavoro straordinario», invece: «1. Costituiscono ore di lavoro straordinario le ore di lavoro prestate oltre la durata massima dell'orario di lavoro ordinario stabilito in conformità all'articolo che precede. (...) 2. Il numero di ore di lavoro straordinario non può eccedere le 80 ore all'anno. (...) 5. Ai fini del calcolo delle ore di lavoro straordinario, l'orario di lavoro di ciascun lavoratore è registrato di giorno in giorno e sommato al momento fissato per il pagamento della remunerazione, consegnando al lavoratore una copia del prospetto nel giustificativo del versamento corrispondente».

La sanzione non trovava tuttavia attuazione in ragione della sentenza della Corte suprema (*Tribunal Supremo*) del 23 marzo 2017 che ha escluso l'esistenza nel diritto spagnolo di un obbligo generale di registrare l'orario di lavoro ordinario, evidenziando come l'art. 35, comma 5, dello Statuto dei lavoratori obblighi unicamente alla tenuta di un registro delle ore di lavoro straordinario, ed alla comunicazione al sindacato, con cadenza mensile, del numero delle ore di straordinario svolte dai lavoratori¹².

Viceversa, sulla conformità di tale conclusione al diritto dell'Unione ha espresso forti dubbi la Corte centrale (*Audiencia Nacional*), sollevando la domanda di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Si chiede, in sostanza, se per assicurare la piena effettività della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in materia di orario di lavoro – obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88/CE attraverso, tra l'altro, la fissazione di limiti massimi ai tempi di lavoro – sia necessario che gli Stati membri prevedano l'obbligo per il datore di lavoro di introdurre strumenti di misurazione dell'effettiva durata della giornata e della settimana lavorativa¹³.

¹² Più precisamente, il Tribunal Supremo ha articolato le seguenti motivazioni: l'obbligo della tenuta del registro è contenuto nell'art. 35 cit., relativo alle ore di lavoro straordinario, e non nell'art. 34, relativo all'orario di lavoro; quando il legislatore spagnolo ha voluto imporre un tale registro lo ha fatto in modo specifico come per i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori mobili, marittimi o ferroviari; l'art. 22 della direttiva 2003/88 impone, come il diritto spagnolo, l'obbligo di tenere un registro dell'orario di lavoro speciale e non dell'orario di lavoro normale che non ecceda la durata massima prevista; la tenuta di un tale registro implicherebbe il trattamento di dati personali del lavoratore con i rischi di un'ingerenza ingiustificata dell'impresa nella vita privata del lavoratore; la mancata tenuta di un tale registro non è qualificata come una violazione chiara e manifesta delle regole relative alle infrazioni e alle sanzioni in materia sociale; una tale interpretazione non lederebbe il diritto di difesa in giudizio del lavoratore dal momento che, ai sensi delle norme procedurali spagnole, non è impedito al lavoratore di provare con altri mezzi l'eventuale svolgimento di ore di lavoro straordinario.

¹³ Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio vertono dunque sulla verifica del «se»: *i*) il Regno di Spagna abbia adottato tutte le misure necessarie per garantire l'effettività dei limiti di durata dell'orario di lavoro e del riposo giornaliero e settimanale; *ii*) le già richiamate disposizioni contenute nella Carta di Nizza e nella direttiva 2003/88 debbano interpretarsi nel senso che ostano ad una normativa nazionale interna da cui, così come posta in rilievo dalla giurisprudenza nazionale, non si può dedurre l'obbligo per le imprese di instaurare un sistema di registrazione dell'orario giornaliero di lavoro effettivo per i lavoratori a tempo pieno, con esclusione dei lavoratori a tempo pieno che si siano impegnati in forma espressa, individualmente o collettivamente, a effettuare ore di lavoro straordinario o che presentino la qualifica di lavoratori mobili, della marina mercantile o ferrovia; *iii*) dunque, l'ingiunzione perentoria agli Stati membri, contenuta nella richiamata disciplina comunitaria, di limitare la durata dell'orario di lavoro di tutti i lavoratori in generale, sia effettivamente garantita per i lavoratori comuni

La Corte di giustizia è stata chiamata a valutare due opposte interpretazioni: quella fatta propria dal giudice del rinvio, nonché dalla Commissione europea e dalle organizzazioni sindacali, secondo cui il diritto dell'Unione implica certamente un obbligo strumentale di misurazione dell'orario di lavoro giornaliero a carico del datore di lavoro, con la conseguenza che esso osterebbe ad una normativa nazionale che, nell'interpretazione giurisprudenziale, escludesse la sussistenza di un tale obbligo; e quella sostenuta in via principale dalla Banca convenuta, e poi dallo Stato spagnolo e anche dalla Repubblica Ceca e dal Regno unito, anch'essi intervenuti dinanzi alla Corte, per i quali in assenza di una specifica previsione nella direttiva 2003/88, non si può imporre alle imprese un obbligo generalizzato di misurazione giornaliero dell'orario di lavoro.

È in questo perimetro che la Corte di giustizia ha illustrato le proprie argomentazioni con le quali ha accolto la prima tesi, ritenendo che dal diritto dell'Unione discenda per gli Stati membri l'obbligo di introdurre una disciplina dei tempi di lavoro che, pur con i margini di discrezionalità garantiti agli Stati membri in ragione della funzione di armonizzazione minima della direttiva 2003/88, assicuri l'effettivo rispetto delle regole sui limiti dei tempi di lavoro, mediante l'introduzione di sistemi di misurazione del lavoro giornaliero effettivamente prestato.

3. *Il principio di effettività delle tutele secondo la Corte di giustizia*

Occorre verificare se l'assenza di un sistema di misurazione della durata e della collocazione della prestazione oraria del lavoratore priverebbe di sostanza i diritti riconosciuti dalla direttiva 2003/88, vanificando così l'effettività delle disposizioni ivi previste e la protezione dei diritti che quelle disposizioni intendono garantire ai lavoratori nell'Unione.

Volendo procedere secondo l'ordine espositivo seguito nella sentenza, viene in esame innanzitutto l'importanza del diritto fondamentale di ciascun lavoratore ad una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornaliero e settimanale, i cui contenuti sono sanciti nella Carta dei diritti dell'Unione e precisati dalla direttiva sull'orario di lavoro.

dalla normativa di diritto interno, così come interpretata dalla giurisprudenza consolidata che escluderebbe l'obbligo di registrazione in discussione.

La sentenza offre lo spunto per ribadire il “nesso di strumentalità tra la direttiva 2003/88 e i diritti sociali fondamentali riconosciuti dalla Carta”¹⁴: le prescrizioni minime dettate dalla direttiva rappresentano disposizioni della normativa sociale dell’Unione e, come tali, rilevano per la consistenza dei diritti soggettivi riconosciuti ai lavoratori e, soprattutto, a consentirne il pieno ed effettivo godimento.

Sulla falsariga di altre pronunce, la Corte ha inteso così ricordare la necessità di garantire un “effetto utile” alla direttiva 2003/88¹⁵, per la cui operatività è necessario che la normativa nazionale permetta la coerente realizzazione dei suoi obiettivi e la piena tutela dei diritti sociali fondamentali che essa attribuisce ai lavoratori¹⁶, tenuto conto che è la stessa giurisprudenza comunitaria a sancire il vincolo per gli Stati membri ad una obbligazione di risultato precisa ed incondizionata quanto all’applicazione delle regole enunciate nella direttiva 2003/88¹⁷.

Ne consegue che, nell’interpretazione della Corte, in assenza di un sistema di misurazione della durata e della collocazione della prestazione giornaliera non vi è alcuna garanzia che i limiti temporali stabiliti dalla direttiva 2003/88 siano effettivamente rispettati, e che i diritti che la direttiva stessa attribuisce ai lavoratori possano essere esercitati senza ostacoli.

Il terreno d’elezione per l’affermazione più rilevante della Corte si configura proprio sul punto della determinazione oggettiva ed affidabile del numero di ore di lavoro giornaliero; elemento essenziale, quest’ultimo, per

¹⁴ Cfr. le conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella, par. 39.

¹⁵ V. ad esempio sulla nozione di “orario di lavoro,” se cioè comprensivo anche del periodo di tempo in cui un medico è in attesa di attività lavorativa durante un servizio di guardia nel suo luogo di lavoro in ospedale, C. Giust. 11 gennaio 2007, Vorel (C 437/05); e v. anche in tema di diritto al riposo annuale, dove si è materializzato un costante indirizzo a tutela dell’effettività del diritto alle ferie, sia sotto il profilo della maturazione sia sotto quello del godimento, in funzione della protezione della salute e sicurezza dei lavoratori: C. Giust. 8 novembre 2012, Heilmann (C-229 e C-230/11), in *DRI*, 2013, p. 559 con nota di GRIECO, *op. cit.*; cfr. anche BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *ADL*, 2006, p. 1333.

¹⁶ Il lavoratore va considerato la parte debole del contratto di lavoro, sicché è necessario arginare il rischio di restrizione dei suoi diritti, così C. Giust. 25 novembre 2010, Fuß (C 429/09, punto 80); C. Giust. 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C 684/16, punto 41).

¹⁷ C. Giust. 7 settembre 2006, Commissione c. Regno Unito (C 484/04, punto 40); C. Giust. 1° dicembre 2005, Dellas e a. (C 14/04, punti 45 e 53); C. Giust. 14 ottobre 2010, Fuß (C 243/09, punto 64).

stabilire anche se la durata massima settimanale di lavoro comprendente le ore di lavoro straordinario e i periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale sia stata rispettata.

L'attenzione si sposta sulla valutazione dell'attitudine della normativa nazionale, così come posta in rilievo dalla giurisprudenza interna, a soddisfare tale requisito: per la Corte, una normativa nazionale che non preveda l'obbligo di ricorrere ad uno strumento che consenta tale determinazione non è idonea a garantire l'effetto utile dei diritti conferiti dalla Carta e dalla direttiva sull'orario di lavoro, poiché essa priva i lavoratori, ma anche i datori di lavoro, della possibilità di verificare se tali diritti siano rispettati; per contro, una normativa che preveda un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero garantirebbe effettività all'intero impianto di garanzia delle tutele previste dalla direttiva comunitaria.

Un'ulteriore argomentazione riguarda la funzionalità di un sistema di misurazione dell'orario di lavoro rispetto agli obiettivi di tutela della direttiva. La Corte richiama un proprio precedente¹⁸ per sostenere che le difficoltà oggettive di accertamento delle ore di lavoro effettivamente prestate – per nulla attenuate dall'obbligo gravante sul datore di lavoro di istituire un sistema di registrazione e computo delle ore di lavoro straordinario – rendono inidonei anche strumenti suppletivi quali i poteri attribuiti agli organi di controllo ispettivo, o la prova testimoniale nel corso della istruttoria giudiziale, atteso che la mancanza di elementi oggettivi sulla durata della propria giornata lavorativa priverebbe il lavoratore di una prima traccia probatoria essenziale, rendendo così maggiormente gravoso l'onere cui egli è tenuto¹⁹.

La conclusione cui è pervenuta la Corte affida la soluzione ad un intervento del diritto positivo: “*gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la mi-*

¹⁸ Il rinvio è alla C. Giust. 30 maggio 2013, *Worten* (C 342/12), in cui la Corte mette in evidenza l'importanza dell'esistenza di un sistema di misurazione dell'orario di lavoro per garantire l'effetto utile della normativa dell'Unione in materia di limiti all'orario di lavoro (in *DRI*, 2014, p. 851, con nota di SANTORO, *La Corte di giustizia si pronuncia sulle verifiche*). Nella sentenza la Corte precisa che l'obbligo per il datore di lavoro di fornire alle autorità preposte un accesso immediato al registro dell'orario di lavoro può risultare necessario se contribuisce a un'applicazione più efficace della normativa in materia di condizioni di lavoro.

¹⁹ Qui la Corte afferma che “in assenza di un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto, resta comunque difficile per un lavoratore, se non impossibile in pratica, garantire il rispetto effettivo della durata massima settimanale del lavoro, indipendentemente da quale sia tale durata”.

surazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore", e ciò per assicurare quell'effetto utile dei diritti previsti dalla direttiva 2003/88 più volte richiamato. Nella cornice di tale dettato, spetterebbe poi agli Stati membri, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispongono, la determinazione di sistemi differenziati (registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici) a seconda delle caratteristiche e delle esigenze delle singole imprese, purché consentano un agevole controllo del rispetto delle regole sui limiti dei tempi di lavoro²⁰.

E a questo proposito, quasi a voler rafforzare tale soluzione, la Corte ricorda il proprio costante indirizzo secondo cui *"l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima (si impone) a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito della loro competenza, quelle giurisdizionali"*²¹. Da qui il monito ai giudici nazionali, chiamati ad applicare il diritto interno, ad interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva – onde conseguirne gli obiettivi e conformarsi così all'art. 288, terzo comma, TFUE – fino ad includere *"l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva"*²².

È utile segnalare, infine, che l'ordinamento spagnolo – probabilmente sollecitato dal contrasto interpretativo sorto nelle sue alte Corti – ha intanto adeguato il proprio impianto normativo alle indicazioni della Corte di giustizia. Con Regio Decreto 8 marzo 2019 n. 8 è stato apportato un emendamento al comma 7 dell'art. 34 dello Statuto dei lavoratori che prevede l'obbligo della registrazione giornaliera dell'orario lavorativo, con rilevazione dell'orario preciso di inizio e conclusione della giornata lavorativa di ogni dipendente, fatta salva la flessibilità oraria eventualmente stabilita, nonché, se del caso, le pause previste durante la giornata. Ad esso si accompagna, poi, l'obbligo di conservazione della documentazione relativa al conteggio orario per almeno 4 anni, documentazione che dovrà rimanere a disposizione dei dipendenti, dei loro rappresentanti legali e dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale.

²⁰ V., in tal senso, anche le Conclusioni dell'avvocato generale ai punti da 85 a 88.

²¹ Cfr. in specie C. Giust. 19 aprile 2016, DI (C 441/14, punti 30 e 31); C. Giust. 13 dicembre 2018, Hein (C 385/17, punto 49).

²² V. C. Giust. 19 aprile 2016, DI cit., punto 33; C. Giust. 17 aprile 2018, Egenberger (C 414/16, punto 72); C. Giust. 11 settembre 2018, IR (C 68/17, punto 64).

Il legislatore spagnolo si è così allineato ad altri ordinamenti europei (vedi Francia, Regno Unito e Portogallo) che prevedono l'obbligo per il datore di lavoro di registrare l'orario giornaliero di lavoro²³.

4. *Le possibili ricadute della sentenza nell'applicazione della normativa italiana*

Alle luce delle conclusioni cui è pervenuta la Corte di giustizia con la sentenza in esame, appare ora utile proporre un raffronto delle questioni affrontate dai giudici comunitari con la disciplina italiana sull'orario di lavoro.

Nel nostro ordinamento il registro dell'orario di lavoro del personale aziendale è affidato al Libro unico del lavoro (LUL), alla cui istituzione e corretta tenuta è vincolato ogni datore di lavoro privato, ad eccezione del lavoro domestico.

Si tratta evidentemente di uno strumento di misurazione della prestazione lavorativa meno rigoroso rispetto ai sistemi europei citati, dal momento che l'art. 39, d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133), integrato in chiave regolamentare dal d.m. 9 luglio 2008, si limita a prescrivere che il LUL, oltre ai nominativi dei lavoratori subordinati e i co.co.co., debba contenere “*un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi*”²⁴. In particolare, il LUL si limita a riportare le ore complessivamente effettuate nella giornata di lavoro, distinguendole in ore di lavoro ordinario e straordinario; manca, nell'impianto normativo, la previsione di un obbligo di registrazione degli orari di entrata e di uscita dei dipendenti, e

²³ In particolare: in Francia le modalità del controllo dipendono dall'organizzazione del lavoro e dall'inquadramento dei dipendenti; in Portogallo il codice del lavoro impone “l'indicazione dell'ora di inizio e la fine dell'orario di lavoro, con le interruzioni o le pause non facenti parte del tempo lavorato, per giorno e settimana” (art. 202); nel Regno Unito i dati così registrati devono essere conservati dal datore di lavoro per almeno due anni. In Germania, invece, tale obbligo è previsto solo per determinate categorie di lavoratori, e può essere stabilito dalla contrattazione collettiva.

²⁴ Sulla disciplina del LUL, si rinvia a RAUSEI, *Il libro unico del lavoro*, Ipsoa, 2009; MUTARELLI, *Il Libro unico del lavoro*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet Giuridica, 2009, p. 125 ss.; D'ARCANGELO, *Il sistema sanzionatorio e di vigilanza sul Libro unico del lavoro*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.; VERGARI, *La certificazione della regolarità retributiva: un nuovo strumento per il datore di lavoro*, in *DRI*, 2008, p. 357 ss.; ASNAGHI, TIRABOSCHI, *I chiarimenti del Ministero del Welfare sul libro unico del lavoro*, in *GL*, 2008, n. 34, p. 12 ss.

dunque dell'articolazione temporale delle ore giornaliere effettivamente svolte.

Quest'obiettivo poteva essere conseguito con il c.d. *LUL telematico*: la riforma conosciuta come *Jobs Act*, e più precisamente l'art. 15 del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151 (c.d. decreto semplificazioni), aveva tentato un'ulteriore razionalizzazione delle procedure amministrative prevedendo che il LUL non fosse più redatto e tenuto dal datore di lavoro o dal professionista incaricato, ma compilato direttamente su una piattaforma messa a disposizione dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

La dematerializzazione del LUL si sarebbe dovuta attuare utilizzando un format univoco, definitivo dal Ministero del Lavoro, nel quale far confluire tutti i dati del Libro unico secondo modalità tecnico-operative demandate ad un decreto ministeriale la cui emanazione è stata più volte prorogata (l'ultimo rinvio prevedeva l'avvio della digitalizzazione del LUL al 1° gennaio 2019), fino al decreto legge 14 dicembre 2018 n. 135 (noto anche come "*Decreto semplificazioni 2019*"), convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12, che ne ha decretato la definitiva abrogazione.

La digitalizzazione delle procedure di registrazione era apparsa sin da subito complicata, anche per la difficoltà oggettiva di armonizzare la standardizzazione del modello unico ministeriale con le esigenze di una gestione personalizzata dei cedolini paga normalmente adoperata dalle aziende.

Di certo, pur non essendo chiaro come concretamente si sarebbe dovuto gestire il LUL dematerializzato, la modalità telematica avrebbe potuto consentire un incrocio più agevole dei dati, anche al fine di poter far emergere in tempo reale eventuali incongruenze in merito a presenze e orario di entrata e di uscita dei dipendenti, ai fini della corretta ed effettiva misurazione dell'orario di lavoro giornaliero.

In chiave sistemica, invece, la disciplina generale sull'orario di lavoro contenuta nel d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 si limita a recepire i diritti sostanziali contenuti nella direttiva 2003/88 senza altresì prevedere un sistema di verifica e controllo circa l'effettiva osservanza da parte del datore di lavoro dei precetti ivi sanciti²⁵.

D'altro canto, la giurisprudenza interna in materia di misurazione dell'orario di lavoro si è sovente occupata di qualificare i "*tempi del lavoro retri-*

²⁵ Sulla disciplina generale dell'orario di lavoro si veda LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 40/2006.

buito”, chiarendo che l’art. 1, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 66/2003 attribuisce un espresso ed alternativo rilievo non solo al tempo della prestazione effettiva ma anche a quello della disponibilità del lavoratore e della sua presenza sui luoghi di lavoro²⁶.

Ma, al di là della definizione del perimetro di riferimento dell’orario di lavoro, nell’elaborazione giurisprudenziale non si è mai adeguatamente approfondito il tema della misurazione dell’orario di lavoro giornaliero, e delle relative implicazioni in ordine ad istituti quali i riposi e permessi giornalieri, se non sotto il profilo dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Su quest’ultimo punto, paradossalmente, l’ordinamento italiano si è avvicinato a quanto richiede il quadro normativo europeo alla luce dei principi sanciti dalla Corte di giustizia soltanto con l’intervento di modifica realizzato dall’art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151 e corretto con l’art. 5, comma 2, d.lgs. 24 settembre 2016 n. 185. Con la novella del Jobs Act, il legislatore ha inteso probabilmente prendere una posizione precisa anche rispetto ad una elaborazione giurisprudenziale sul punto incisiva che affermava l’applicabilità del vecchio testo dell’art. 4 stat. lav. anche al sistema di rilevazione delle presenze all’inizio e alla fine dell’orario di lavoro, in quanto considerato idoneo a realizzare un controllo a distanza sui tempi della prestazione di lavoro dovuta²⁷; derivandone che l’attivazione di siffatto sistema ad opera del datore di lavoro avrebbe comportato la necessità di un accordo sindacale o di una autorizzazione dell’Ispektorato del lavoro²⁸.

²⁶ Cfr. Cass. 16 maggio 2017, nn. 12097 e 12098, in CED, Cassazione, 2017, in cui si legge che la nozione di orario di lavoro rinvenibile nella normativa del 2003 è volutamente ampia e tale da includere nella formulazione non solo l’attività lavorativa in senso stretto, ma anche le operazioni strettamente funzionali alla prestazione, essendo sufficiente che il lavoratore sia “a disposizione” del datore di lavoro, cioè soggetto al suo potere direttivo e disciplinare; Cass. 29 maggio 2017, n. 13466, in CED, Cassazione, 2017, che in applicazione di tale principio, ha considerato orario di lavoro il tempo impiegato dai dipendenti di una acciaieria per raggiungere il posto di lavoro, dopo aver timbrato il cartellino marcatempo alla portineria dello stabilimento, e quello trascorso all’interno di quest’ultimo immediatamente dopo il turno; e da ultimo Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828, in *GL*, 2018, n. 42, p. 32, con nota di MARRUCCI, che allo stesso modo afferma che non può essere considerato periodo di riposo intermedio, ma è lavoro a tutti gli effetti, la temporanea inattività se il lavoratore non può disporre di quel tempo per sue esigenze.

²⁷ Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358, con nota di BELLAVISTA; e più di recente Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *GI*, 2016, I, con nota di MARAZZA.; Cass. 14 luglio 2017, n. 17531, in *RGL*, 2017, II, p. 28, con nota di MELLACE, TROJSI, *Badge e GPS: strumenti di controllo (e probatori), prima e dopo il Jobs Act*.

²⁸ Cfr. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2016, I, p. 513 ss.

La norma attualmente vigente, invece, consente di uniformare i controlli delle presenze – almeno per ciò che concerne l'ingresso e l'uscita dall'azienda²⁹ – a quelli derivanti dagli strumenti di lavoro per i quali, a norma del secondo comma, non occorre l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

L'ordinamento italiano mostra allora non pochi nodi problematici in relazione alle argomentazioni elaborate dalla Corte di giustizia, che mettono in luce alcune lacune: la difficoltà, se non l'impossibilità di garantire, ad esempio, il rispetto effettivo degli obblighi posti in capo al datore di lavoro di far osservare al personale il riposo giornaliero di 11 ore consecutive, ovvero una pausa dopo 6 ore di lavoro, o ancora il riposo settimanale di 24 ore consecutive³⁰.

Si tratta, invero, di criticità già evidenziate nella concreta azione ispettiva dove si è sovente fatto ricorso al *potere di disposizione* disciplinato dall'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004 per fronteggiare il problema pratico di reperire strumenti idonei a consentire l'efficace espletamento del controllo del rispetto di taluni istituti della normativa sull'orario di lavoro, stante i limiti summenzionati³¹.

La disposizione si traduce nella potestà ispettiva di specificare il contenuto generico della norma, imponendo al soggetto ispezionato un obbligo non esplicitato dal legislatore. Presupposto fondamentale è l'indeterminatezza della norma riguardo al comportamento da tenere per adempiere ad un ob-

²⁹ Su punto si rinvia a SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2015, I, p. 604, che distinguendo tra strumenti di rilevazione della presenza e di accesso all'interno del perimetro aziendale e strumenti di controllo dell'ingresso e dell'uscita dall'azienda, afferma che qualora gli strumenti del primo tipo si identificassero con quelli idonei a registrare la mobilità interna dei lavoratori, essi dovrebbero ritenersi vietati in assenza di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza o tutela del patrimonio.

³⁰ Così pure SANTORO, *op. cit.*, in DRI, 2014, p. 855, che evidenzia la difficoltà del controllo ispettivo ad agire in una dimensione meramente formale del numero delle ore di lavoro riportate nel registro delle presenze, senza potersi rapportare a quelle effettivamente eseguite e, per ipotesi, non iscritte.

³¹ Sul provvedimento di disposizione, cfr. da ultimo, RAUSEI, *Disposizioni del personale ispettivo*, in RAUSEI, TIRABOSCHI (a cura di) *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 tra passato e futuro*, Adapt professional series n. 3, 2014, p. 314; e in precedenza, VERGARI *La riforma della funzione di vigilanza in materia di lavoro*, in GUALMINI, PIZZOFERRATO, VERGARI (a cura di), *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Cedam, 2005. Per una ricognizione aggiornata dei poteri e delle funzioni del personale ispettivo, si veda AA.VV., *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act*, in ESPOSITO (a cura di), *Collana Il Nuovo Diritto del Lavoro*, diretta da FIORILLO, PERULLI, Giappichelli, 2017.

bligato da essa posto: la disposizione finisce così per essere adottabile dal funzionario ispettivo in sede di accertamento della disapplicazione o della inosservanza di precetti generali – di oggetto ampio, ma pur sempre definito nei suoi tratti essenziali – concretizzandone così il contenuto³².

La fattispecie è stata più volte affrontata anche dalla giurisprudenza amministrativa con pronunce che hanno riconosciuto la legittimità del provvedimento di disposizione con il quale si è imposto l'obbligo di predisporre sistemi di rilevazione e registrazione giornaliera (cartacei o informatici) degli orari di inizio e termine dei turni di servizio di ciascun lavoratore. Le motivazioni addotte dal giudice amministrativo si sono incentrate sul presupposto che l'indicazione nel LUL del quantitativo complessivo delle ore lavorate per ciascun lavoratore non consente all'autorità ispettiva di adempiere ai compiti di controllo che la legge le assegna, giacché con siffatta generica informazione non è possibile verificare se effettivamente il lavoratore abbia potuto beneficiare di pause intermedie ovvero di riposi giornalieri di almeno undici ore consecutive³³.

La mancanza di un sistema di rilevazione delle presenze, pur se formalmente legittima ai sensi della disciplina del LUL, non consente effettivamente il controllo sul rispetto della normativa in materia di riposi, e dunque ha giustificato nella pratica ispettiva il ricorso ad un provvedimento esecutivo.

Anche alla luce della giurisprudenza interna appena menzionata, è di tutta evidenza che la disciplina italiana sull'orario di lavoro, se si rivela allineata al pronunciato comunitario per quanto attiene agli obblighi c.d. *so-stanziali*, e alle prescrizioni minime della direttiva 2003/88, mostra invece diversi limiti per ciò che concerne gli obblighi c.d. *strumentali*, dati per l'appunto dai sistemi di controllo dell'effettivo rispetto dei primi.

Tali considerazioni inducono a ritenere opportuno un adeguamento

³² Cfr. anche BOMBARDELLI, *Le disposizioni esecutive del personale ispettivo*, in NOGLER, ZOLI (a cura di), *Commentario sul tema Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)*, in NLCC, 2005, 986.

³³ T.A.R. Lombardia (Milano), sentenza 28 marzo 2011 n. 830, in *GL*, 2011, n. 19, p. 39, con nota di SANTORO, *Orario di lavoro: sì del Tar Lombardia alla disposizione esecutiva dell'ispettore*. La pronuncia è stata confermata da Cons. Stato, 4 maggio 2015, n. 5801, in *Boll. ADAPT*, 15 giugno 2015, con nota di SANTORO, *Legittimo il potere di disposizione ispettivo in materia di orario di lavoro*.

dell'ordinamento italiano alle perentorie conclusioni cui giunge la Corte di giustizia.

Sul punto va osservato che un intervento del diritto positivo volto ad imporre al datore di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, implicherebbe conseguenze sul piano dell'organizzazione dell'attività imprenditoriale difficilmente ponderabili in una cornice normativa di rango esclusivamente legislativo, di talché sarebbe auspicabile – come già avviene negli ordinamenti che si sono dotati di una siffatta disciplina (cfr. *supra* nota 23) – un coinvolgimento anche della fonte collettiva, cui affidare la definizione concreta delle modalità e delle forme di tali sistemi, tenendo conto delle peculiarità dei settori produttivi, delle dimensioni e delle articolazioni organizzative delle imprese.

Per altro verso, un siffatto intervento avrebbe un'ulteriore valenza che, pur trascendendo le questioni strettamente affrontate nella pronuncia, non per questo sarebbe meno interessante: la presenza di un obbligo normativamente introdotto potrebbe generare conseguenze significative nel *contenzioso del lavoro* per differenze retributive – come nel caso del lavoro straordinario, o del lavoro notturno, domenicale o festivo – che, nell'attuale dinamica processuale, vede gravare sul lavoratore un rigoroso onere di allegazione della prestazione lavorativa resa, in termini sufficientemente concreti e realistici, oltre che quantitativamente dettagliati, in linea con quanto previsto dall'art. 2697 c.c.³⁴.

Del resto, in materia di lavoro subordinato, si è precisato come il diritto del lavoratore al compenso per lavoro eccedente quello ordinario sia configurabile solo quando ne siano provati l'effettivo svolgimento e la relativa consistenza. Ciò posto, la relativa prova, in base alla generale regola di ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., grava sul lavoratore e deve rigorosamente riguardare sia l'orario normale di lavoro, ove diverso da quello legale, sia la prestazione di lavoro asseritamente eccedente quella ordinaria nonché la misura relativa, quanto meno in termini sufficientemente concreti e realistici³⁵.

Il giudice non ha alcuna possibilità di procedere ad una determinazione

³⁴ Trib. Velletri, sez. lav., 26 marzo 2019, n. 520; Trib. Piacenza, sez. lav., 9 aprile 2014, n. 114, tutte in *Sole 24 Ore, Mass., Repertorio, Lex 24*.

³⁵ Trib. Bari, sez. lav., 23 ottobre 2014, n. 7816, in *Sole 24 Ore, Mass., Repertorio, Lex 24*.

equitativa, potendo solo utilizzare, con prudente apprezzamento, presunzioni semplici.

Orbene, in siffatta dinamica, nel caso in cui il datore di lavoro abbia regolarmente installato il sistema di rilevazione dell'orario di lavoro giornaliero normativamente imposto, i tabulati costituirebbero di per sé l'elemento istruttorio decisivo; diversamente, qualora il datore di lavoro non abbia ottemperato ad un tale obbligo normativo, allora l'onere probatorio, rigidamente incombente sul lavoratore, potrebbe affievolirsi con la composizione di una prova presuntiva delle circostanze allegata dal lavoratore, generando così un effetto dissuasivo rilevante *versus* eventuali inadempienze del datore di lavoro.

Da ultimo, non va sottaciuto che un intervento del diritto positivo si imporrebbe anche in ragione della necessità di armonizzare l'impostazione dei giudici comunitari con le deroghe fisiologiche, sempre più imponenti nell'epoca attuale, alla disciplina ordinaria sull'orario di lavoro. È evidente, infatti, che la rigida imposizione di un sistema di rilevazione delle presenze, in funzione di garanzia delle c.d. prescrizioni minime dettate dalla direttiva 2003/88, risulterebbe alquanto distonica rispetto alla più recente evoluzione del quadro legislativo e contrattuale del diritto del lavoro che – sollecitato anche dalla rivoluzione tecnologica e dai profondi cambiamenti dei modelli organizzativi delle imprese – ha avallato un processo di destrutturazione dei tempi e luoghi di lavoro che non può essere ignorato in questa sede di discussione³⁶.

Il riferimento, ovviamente, è non soltanto al lavoro agile, che il legislatore italiano ha recentemente definito e normato³⁷, e alle più risalenti figure del telelavoro e del lavoratore a domicilio; o al lavoro reso nel mercato digitalizzato; ma anche alla recente esperienza contrattuale che, sempre più, detta nuovi percorsi di auto-organizzazione dell'orario di lavoro segnando così la rottura del paradigma “tempi” e “luoghi” della prestazione lavorativa. In questa direzione si muovono infatti recenti intese che – senza trascurare le esigenze di garanzia delle prescrizioni minime più volte richiamate, e dunque lasciando intendere la persistente rilevanza della disciplina dell'orario di lavoro – sottintendono una evoluzione organizzativa verso una maggiore va-

³⁶ V. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 409/2019.

³⁷ Su cui cfr., per tutti, AA.VV., *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di FIORILLO, PERULLI, Collana *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018.

lorizzazione dei risultati rispetto ai tempi di effettiva presenza sul posto di lavoro³⁸.

³⁸ Cfr. CCAL MONDADORI del 27 luglio 2018, ove si conviene che “...le parti intendono condividere e promuovere un percorso di cambiamento della cultura organizzativa, in base al quale il monitoraggio dell’attività lavorativa non avvenga più attraverso le ore di presenza sul luogo di lavoro, ma mediante la valutazione dell’effettivo apporto fornito alla produttività aziendale in funzione dei risultati conseguiti. [...] L’orario è fissato in 39 ore settimanali. [...] L’orario di lavoro standard è stabilito in 7,48 ore di lavoro giornaliero [...] E’ prevista una sola timbratura, all’entrata del mattino, da effettuarsi di norma entro le ore 9.30 [...] Non essendo richiesta alcuna altra timbratura, il dipendente è responsabile della gestione del proprio orario di lavoro; lo svolgimento del lavoro avverrà nei limiti di cui sopra e in accordo con il proprio superiore e con le esigenze tecnico-organizzative e produttive”. Verso il superamento dell’orario di lavoro o comunque verso una disciplina per l’auto-organizzazione dell’orario di lavoro, si vedano anche CCAL DUCATI del 22 ottobre 2018 e CCAL ZURICH ITALIA 29 marzo 2018, in *La contrattazione collettiva in Italia*, V Rapporto Adapt, 2018, p. 92 ss.

Key words

Orario di lavoro, tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, riposo giornaliero e settimanale, ispezione del lavoro.

Working time, protection of workers' safety and health, daily and weekly rest, labour inspection.

Trib. Roma, Sez. 3 civile, sentenza 8 maggio 2019, n. 4354 – *Giudice V. Cacace*

Rinunzie e transazioni – Art. 2113, ultimo comma, c.c. - Conciliazione sindacale – art. 412 *ter* c.p.c. – Mancata regolamentazione della procedura conciliativa da parte del CCNL – Mancanza di effettività nell’assistenza sindacale – Invalidità.

La conciliazione in sede sindacale è valida ai fini richiesti dall’art. 2113 c.c. solo se svolta nel rispetto della modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi e solo se il rappresentante sindacale ha prestato una reale ed effettiva assistenza al lavoratore.

★ ★ ★

Roberto Voza

Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni concluse in sede di conciliazione sindacale

Sommario: 1. L'assistenza alla volontà individuale come presupposto di validità delle rinunzie e transazioni. 2. La conciliazione sindacale tra procedura regolata dal contratto collettivo e procedura 'libera'. 3. I requisiti dell'assistenza prestata dal conciliatore.

1. *L'assistenza alla volontà individuale come presupposto di validità delle rinunzie e transazioni*

Il carattere (sempre più) eterogeneo dei soggetti innanzi ai quali la legge prevede la possibilità di concludere rinunzie e transazioni sottratte al regime di invalidità di cui all'art. 2113, 1° comma, c.c., non sgombra ogni dubbio circa le modalità dell'assistenza che i soggetti investiti di tale funzione sono chiamati a prestare.

A ben guardare, la stessa formula dell'autonomia/volontà individuale assistita (o dell'assistenza all'autonomia/volontà individuale) è una convenzione linguistica adottata in dottrina e in giurisprudenza, che non trova alcun riscontro nel testo della norma. "Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile": null'altro che questo dispone il comma finale dell'art. 2113 c.c., particolarmente laconico nel disciplinare il regime di validità delle rinunzie e transazioni.

Non ha fatto di meglio il legislatore più recente, allorquando ha richiamato il regime delle rinunzie e transazioni nel contesto delle procedure conciliative esperibili innanzi ad ulteriori organismi, evidentemente abilitati a validare gli atti dispositivi dei diritti del lavoratore, ossia la commissione di certificazione e il funzionario-conciliatore in fase ispettiva.

Infatti, la commissione di certificazione è resa competente – testualmente – "a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse" (art. 82, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel testo modificato dall'art. 31, comma 14, lett. a, l. 4 novembre 2010, n. 183).

L'ambiguità della norma ha indotto alcuni a ipotizzare che la certificazione delle rinunzie e delle transazioni non generasse l'effetto della inoppu-

gnabilità sancito dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., bensì servisse – più modestamente – a “conferire certezza alla qualificazione dell'atto”, attestandone la natura abdicativa o transattiva, in modo da prevenire l'insorgere della nota *querelle* intorno alla distinzione tra rinunzie e transazioni, da un lato, e cosiddette quietanze a saldo, dall'altro¹. Una lettura di tal segno, pur sostenibile su un piano strettamente letterale, priverebbe la norma di “qualsiasi riflesso pratico”², rendendo quanto mai improbabile che il datore di lavoro aderisca alla procedura di certificazione delle rinunce o transazioni, senza poterne ottenere l'agognato beneficio della irrevocabilità. Conseguentemente, la dottrina si è detta subito concorde nel sostenere che si tratta di una innovazione solo “sul piano dei soggetti davanti ai quali il lavoratore può porre validamente in essere rinunzie e transazioni su diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo la cui disciplina rimane dettata dalla tradizionale norma dell'art. 2113 c.c.”³.

Sempre in relazione alla selezione dei soggetti coinvolti, una seconda ibridazione (oltre quella tra conciliazione e certificazione) è quella tra conciliazione e funzione ispettiva, posto che l'accordo raggiunto in sede di conciliazione monocratica (sia preventiva all'avvio dell'ispezione, sia contestuale al suo svolgimento), ovvero a seguito di diffida accertativa per crediti patrimoniali intimata dallo stesso personale ispettivo, è letteralmente sottratto all'applicazione delle “disposizioni dell'articolo 2113, commi primo secondo e terzo, del codice civile” (v. artt. 11 e 12, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124).

Anche in questo ambito si è generato un equivoco interpretativo nella lettura del dato normativo. Per la sua particolare configurazione, la procedura

¹ Era la tesi di NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, p. 123, il quale ammetteva, però, che, alla luce di tale interpretazione, non vi sarebbe stata ragione per il datore di lavoro di “privilegiare la certificazione alla conciliazione”: quest'ultima, infatti, presenta il “notevolissimo vantaggio” di rendere inoppugnabile “l'atto abdicativo del lavoratore”. In senso conforme, v. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in *AA.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsa, Milano, 2004, p. 439.

² Come riconosce lo stesso NOGLER, *Sub artt. 82-84*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 917, rettificando la propria precedente interpretazione.

³ M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di CURZIO, Cacucci, Bari, 2004, p. 587. Nello stesso senso, GRAGNOLI, *Sub art. 82*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI, PERULLI, Cedam, Padova, 2004, p. 859; TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di MAGNANI, VARESI, Giappichelli, Torino, 2005, p. 608; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, I, p. 261.

di conciliazione monocratica è stata intesa come una “evidente deroga al principio della volontà assistita”. Nella circolare ministeriale n. 24/2004, che fornisce chiarimenti e indicazioni operative intorno al d.lgs. n. 124/2004, si mette in evidenza, infatti, la “peculiare struttura della conciliazione monocratica, in cui *rileva la volontà non assistita del lavoratore*, contrariamente a tutte le altre forme di conciliazione previste dall’ordinamento” (corsivo nostro).

Evidentemente, tale lettura identifica l’assistenza con quella prestata dal sindacato, tant’è vero che, per riequilibrare la mancata presenza dei rappresentanti delle parti, che avrebbe dato “maggiori garanzie” al lavoratore, si consente al funzionario conciliatore di “non procedere a sottoscrivere il verbale di un eventuale accordo manifestato dalle parti, nei soli casi in cui risulti evidente la mancanza di una genuina e libera manifestazione del consenso da parte del lavoratore”.

Ai fini della validità degli atti dispositivi contenuti nel verbale di conciliazione, non vi è alcuna differenza tra *sedi protette*, tutte egualmente abilitate a garantire tale effetto, attraverso una selezione che deve ritenersi tassativa⁴: pare decisivo, a questo proposito, segnalare che la sancita validità delle rinunzie e transazioni ha carattere speciale rispetto alla regola generale, posta nel primo comma dell’art. 2113 c.c.

L’unicità dell’effetto necessariamente si riflette sulla *ratio* che induce il legislatore ad esigere la presenza di alcuni soggetti *qualificati* per realizzarlo. Evidentemente, la loro presenza neutralizza la ragione (eguale e contraria) per la quale, al di fuori delle sedi protette, le rinunzie e transazioni sono invalide ed impugnabili nei tempi e nei modi previsti dall’art. 2113, commi 2 e 3, c.c.

La previsione di una ‘zona franca’ nella quale le rinunzie e le transazioni restano inattuabili (tale è il significato unanimemente attribuito all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c.) conferma pienamente l’inammissibilità di una con-

⁴ TULLINI, *Ancora sui requisiti della conciliazione sindacale (a proposito della mancata sottoscrizione del rappresentante di fiducia del lavoratore)*, in *RIDL*, 2000, II, p. 576, nonché ZACCARELLI, *La conciliazione monocratica*, in *RGL*, 2005, I, p. 848, ma già PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, art. 2113, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109. In giurisprudenza, v. Cass. 3 giugno 1983, n. 3798, in *MGL*, 1983, p. 274; Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in *MGL*, 1984, p. 89; Cass. 2 aprile 1987, n. 3202, in *FI*, 1988, I, c. 1122 (quest’ultima con riferimento al caso della conciliazione intervenuta – alla presenza del giudice delegato – tra il creditore ed il liquidatore del concordato preventivo, considerata non assoggettabile al regime di cui all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c.); Cass. S.U., 10 maggio 1988, n. 3425, in *NGL*, 1988, p. 438.

figurazione dei diritti dei lavoratori in termini di indisponibilità assoluta, avvalorando quella lettura che fonda la *ratio* dell'art. 2113 c.c. su una valutazione di menomazione della libertà negoziale del lavoratore. Se nelle cosiddette sedi protette il negozio di disposizione acquista *ab origine* piena validità, evidentemente è perché si suppone che in quel contesto la volontà del lavoratore riceva adeguata protezione, *alias* assistenza, per effetto della presenza del conciliatore.

Persino chi contesta la formula dell'autonomia individuale assistita, considerandola "una creazione giuridica artificiosa, pur se molto fortunata e radicata nella storia del diritto del lavoro", non può negare che la procedura conciliativa abbia – sia pure in aggiunta allo scopo di favorire la composizione delle liti di lavoro – anche quello di "fornire un ausilio al lavoratore, un sostegno nell'esercizio del suo potere dispositivo, oppure, se si preferisce un'altra prospettiva, un rimedio rispetto alle asimmetrie informative fra le parti nell'attività dismissoria"⁵.

In estrema sintesi, l'ausilio di determinati soggetti è reputato in grado di depurare l'atto abdicativo o transattivo delle "conseguenze di segno negativo proprie dello stato d'inferiorità del lavoratore *uti singulus*"⁶, riconsegnando all'autonomia individuale (purché assistita) quel potere dispositivo generalmente riconosciuto al titolare di un diritto soggettivo.

Insomma, è come dire che non è la conciliazione *in sé* a giustificare la validità delle rinunzie e transazioni, ma la conciliazione *in quanto* riesca a rimuovere quella asimmetria di potere negoziale che lo stesso legislatore – evidentemente – assume come *ratio* del generale regime di invalidità di tali atti.

2. La conciliazione sindacale tra procedura regolata dal contratto collettivo e procedura 'libera'

Per le sedi protette diverse da quella sindacale non può essere in discussione l'individuazione dell'organo competente a svolgere tale funzione: collegiale (come nel caso della commissione costituita in sede amministrativa

⁵ TULLINI, *Replica*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 380-381.

⁶ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, p. 314.

ai sensi dell'art. 410 c.p.c.) o monocratico (come nel caso del giudice e dell'ispettore del lavoro), si tratta comunque di un soggetto individuabile direttamente *ex lege*.

Di contro, è lecito chiedersi chi possa incarnare – esattamente – la figura del conciliatore sindacale.

Le modifiche introdotte in materia dal cosiddetto Collegato Lavoro (ossia la richiamata l. n. 183/2010) hanno generato disordine nel quadro normativo previgente.

In passato, l'art. 410 c.p.c. menzionava la possibilità di promuovere il tentativo di conciliazione sindacale al di fuori delle “procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi”. Eppure, si formò un orientamento interpretativo che restringeva la validità (ai fini dell'art. 2113, ultimo comma, c.c.) delle conciliazioni avvenute in sede sindacale ai soli accordi intervenuti in osservazione delle procedure conciliative (eventualmente) previste nell'ambito dei contratti collettivi⁷. Nella concreta applicazione della norma è prevalsa la tesi contraria, che riconosce pieno valore alle conciliazioni realizzate con la semplice assistenza di un rappresentante sindacale, a prescindere dalle (eventuali) previsioni del contratto collettivo⁸.

L'attuale art. 412-ter, c.p.c., almeno secondo l'interpretazione fornita dalla pronunzia in esame, “attribuisce valenza di conciliazioni in sede sindacale solo a quelle conciliazioni che avvengano con le modalità procedurali previste dai contratti collettivi e in particolare da quelli sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

⁷ MORTILLARO, *Le associazioni sindacale nel nuovo processo di lavoro*, in *MGL*, 1972, p. 473; SANDULLI, *La legge sul nuovo processo del lavoro (Profili di diritto sostanziale)*, in *DL*, 1974, I, p. 362; DALMASSO, *Conciliazione sindacale, transazione ed art. 6 della legge 11 agosto 1973, n. 533*, in *OGI*, 1975, p. 240; D'HARMANT FRANCOIS, *Sindacato e contratto collettivo nel nuovo art. 2113 cod. civ.; alcune riflessioni*, in *DL*, I, 1975, p. 201; ASSANTI, *Le controversie del lavoro e della previdenza sociale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da RIVA SANSEVERINO, MAZZONI, Cedam, Padova, vol. IV, 1975; ulteriori riferimenti in PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 328, nt. 41. Tale opinione trovava conforto in un'ormai lontana indicazione ministeriale: cfr. Circolare Min. Lav., n. 1138/G/77, 17.3.1975, in *RDL*, 1975, III, p. 254. In giurisprudenza, cfr., Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in *MGL*, 1984, p. 89; Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in *RIDL*, 2003, II, p. 178; Trib. Milano, 26 settembre 2002, in *RCDL*, 2003, p. 192.

⁸ ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981, pp. 90-91; GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, 2000, p. 209; MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *DDP com.*, vol.V, 1990, p. 64; GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro (11 agosto 1973, n. 533)*, in *RDL*, I, 1974, p. 54; in giurisprudenza, v. Pret. Roma, 19 giugno 1976, in *FI*, 1976, I, c. 2495.

In effetti, secondo tale articolo, rubricato *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*, “la conciliazione e l’arbitrato, nelle materie di cui all’art. 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

Tale disposizione compare nell’elenco di quelle richiamate dall’art. 2113, ultimo comma, c.c.: secondo il Tribunale di Roma, ciò confermerebbe l’*intentio legis* di “attribuire soltanto ed esclusivamente a questo tipo di conciliazioni la prerogativa della non impugnabilità”, in virtù di una norma che il giudice romano considera “di carattere eccezionale e quindi non suscettibile di applicazione analogica né di interpretazione estensiva”. Pertanto, “laddove non vi sia evidenza, come nella specie, che la conciliazione sia avvenuta nel rispetto di norme specificamente dettate dalla contrattazione collettiva, essa non può beneficiare del regime di inoppugnabilità previsto dalla legge”.

Qualche (a nostro avviso, fondato) dubbio su questa conclusione può sorgere, ove si pensi che proprio nell’elenco predisposto dall’art. 2113, ultimo comma, c.c., compare l’art. 411 c.p.c., il quale contempla – al terzo comma – l’ipotesi in cui il tentativo di conciliazione si svolga “in sede sindacale”. Si potrebbe, dunque, sostenere la perdurante utilizzabilità del canale sindacale *libero*⁹, ossia estraneo alle modalità di conciliazione previste dalla contrattazione collettiva, qualificato dallo stesso legislatore (nel successivo art. 412-ter, c.p.c.) come altra modalità conciliativa rispetto a quelle previste nelle precedenti disposizioni.

In tal modo, si recupererebbe la possibilità di munire la conciliazione in sede sindacale dell’effetto della inoppugnabilità (degli atti dispositivi ivi contenuti) a prescindere dalle previsioni del contratto collettivo (il quale, peraltro, spesso non ne contiene affatto), ovvero nel caso in cui “l’organizzazione stipulante il contratto collettivo contenente certe procedure si rifiuti di assistere il lavoratore non iscritto e non aderente alla linea politico-sindacale di quella organizzazione”¹⁰.

Certo, la soluzione interpretativa alla quale perviene la sentenza in commento, fondata sulla esclusività del canale conciliativo sindacale richiamato

⁹ Lo dà per scontato IZZO, *I tentativi di conciliazione, in La nuova giustizia del lavoro*, a cura di DALFINO, 2011, Cacucci, Bari, p. 386.

¹⁰ PETINO, *op. cit.*, p. 336.

dall'art. 412-ter, c.p.c., ha la conseguenza, ben percepibile in termini di politica del diritto, di impedire ad un sindacato, privo di adeguata rappresentatività, di rendere inoppugnabili gli atti dispositivi dei lavoratori ai quali presta assistenza.

In passato, era stato invocato il requisito della *maggiore*¹¹, ovvero (in una versione più mite) di una *sufficiente*¹² rappresentatività in capo agli agenti sindacali chiamati ad assistere il lavoratore. Un primo argomento in tal senso faceva leva su una sorta di “coerenza dell’istituto conciliativo”¹³, visto che la presenza sindacale nelle commissioni di conciliazione in sede amministrativa è selezionata attraverso il criterio della maggiore rappresentatività “su base nazionale” (art. 410, 4° comma, c.p.c.), e in ciò si è letto una valutazione di meritevolezza sulla “idoneità esclusiva” di tali organizzazioni a garantire “una adeguata tutela dei lavoratori nel momento conciliativo”¹⁴.

In verità, era facile obiettare che quel requisito si spiega in vista della partecipazione ad una pubblica funzione, e non invece “per un’attività conciliativa a beneficio degli iscritti al sindacato – purché genuino – o di coloro che accettino di affidarvi”¹⁵. In sostanza, l’assistenza del lavoratore in sede di autocomposizione della controversia, costituisce espressione di libertà sindacale, e ciò – in assenza di una espressa limitazione normativa – rende pienamente ammissibile, ai fini voluti dall’ultimo comma dell’art. 2113 c.c., l’intervento di qualsiasi organizzazione sindacale, con l’unica, ovvia, esclusione del sindacato di comodo di cui all’art. 17 Stat. lav.¹⁶.

Peraltro, se si individuasse – come ritiene di poter fare il Tribunale di Roma – la predetta limitazione normativa nell’art. 412-ter, c.p.c., il ragionamento si caricherebbe di un’ulteriore implicazione.

¹¹ FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, ora in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, p. 267.

¹² CESSARI, *Trattazione extra giudiziale delle controversie di lavoro*, in *RGL*, 1966, I, pp. 449-450. Dopo la riforma del processo del lavoro, si registra l’opinione di PERA, *op. cit.*, p. 91, il quale sembra accontentarsi di “un sindacato sufficientemente rappresentativo” (pur preferendo quello “maggiormente rappresentativo”).

¹³ FERRARO, *op. cit.*, p. 267.

¹⁴ PETINO, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, 1989, vol. XL, p. 1003.

¹⁶ ARANGUREN, *op. cit.*, p. 92. Già GRANDI, Sulla inoppugnabilità della conciliazione “in sede sindacale”, in *Mass. giur. lav.*, 1975, p. 328, osservava che “il requisito della maggiore rappresentatività è un criterio selettivo di valutazione, che non può essere esteso al di là dei limiti, entro i quali la legge ne prescrive espressamente l’applicazione”.

Nel caso di specie, risulta che il conciliatore sindacale fosse stato designato dalla CISL, sindacato tradizionalmente annoverabile tra quelli maggiormente rappresentativi. Eppure, il giudice ritiene che tale rappresentante non fosse abilitato a validare la conciliazione ai fini dell'art. 2113 c.c., poiché “non consta che il CCNL di categoria qui applicabile contenga una disposizione collettiva che regola la procedura di conciliazione sindacale”. In verità, l'art. 412-ter, c.p.c. non restringe ai contratti collettivi nazionali la facoltà di prevedere le “sedi” e le “modalità” della conciliazione sindacale. Letteralmente, dunque, nulla escluderebbe che qualsiasi altro livello negoziale sia utile ai fini della regolazione delle procedure conciliative in sede sindacale.

3. *I requisiti dell'assistenza prestata dal conciliatore*

La sentenza in esame si sofferma pure sulle modalità dell'intervento del conciliatore (nel caso di specie, il rappresentante sindacale) chiamato ad avalare le rinunce e le transazioni del lavoratore.

Da un punto di vista teorico, siamo convinti della necessità di un approccio unitario a tale problematica, in grado di adattarsi a tutti i soggetti che possono prestare la propria assistenza, a prescindere dalla differente configurazione di ciascuno di essi.

In particolare, si deve rinunciare a voler imporre al soggetto che assiste il lavoratore un atteggiamento di *obiettività* e *neutralità*, erroneamente considerato – in passato – quale presupposto indefettibile di legittimazione dell'attività di ausilio ai negozi *ex art. 2113 c.c.*

Già gli organismi di conciliazione a composizione paritetica (la commissione di conciliazione e la commissione di certificazione istituita presso enti bilaterali) svolgono una funzione pubblica, ma vedono al proprio interno la presenza di componenti chiamati a *parteggiare* per i soggetti della lite. Quando, poi, l'assistenza è prestata dal sindacato, sarebbe impensabile richiedere a quest'ultimo di farsi carico di “una pura e semplice esigenza di mediazione degli interessi in conflitto”¹⁷, assumendo un atteggiamento, per così dire, di indifferenza verso gli interessi del lavoratore, che, invece, il rappresentante sindacale deve aver cura di presidiare (in via esclusiva). Né si può pensare di riferire a quest'ultimo l'affermazione secondo cui il conciliatore

¹⁷ PETINO, *op. cit.*, p. 53.

è tenuto ad “assistere le parti in maniera indipendente e imparziale, evitando di fornire all’una una consulenza maggiormente professionale e delle informazioni più vantaggiose di quelle che riserva all’altra”¹⁸.

Tale considerazione ha indotto parte della dottrina ad abbandonare qualunque sforzo di ricomposizione unitaria del complesso fenomeno conciliativo, ed a riconoscere una “profonda differenza” fra il ruolo del giudice, delle organizzazioni sindacali e della commissione di conciliazione, nel senso che, mentre il giudice e l’organo amministrativo si limiterebbero a interporre i propri buoni uffici al fine di favorire l’accordo (quale esso sia), il sindacato offrirebbe al lavoratore “una garanzia di forza”, e non di neutralità, “giacché è in giuoco ben altro che il disinteresse del mediatore, quando viceversa si tratta di confidare la tutela del soggetto più debole del contratto di lavoro a quelle entità che permettono di ristabilire la parità a livello collettivo”¹⁹.

Una simile lettura fa affiorare una spaccatura, in verità priva di riscontri positivi, tra quelli che finirebbero per apparire come due distinti modelli di assistenza all’autonomia individuale del lavoratore: quella giudiziale/amministrativa, legittimata da una presunta neutralità, e quella sindacale, prima negletta (dopo la caduta dell’ordinamento corporativo)²⁰ perché ormai deprivata di qualsiasi incrostazione pubblicistica, e poi – per la medesima ragione – rivalutata (talvolta, sopravvalutata) attraverso le modifiche introdotte dalla legge sul processo del lavoro.

In realtà, ciascun organismo conciliativo svolge la medesima funzione di assistere la parte debole, e non solo – genericamente – di tentare la conciliazione: in questa attività, esso ha il compito di chiarire al (solo) lavoratore il significato e la portata degli atti dismissivi che intende sottoscrivere, con ciò rafforzandone la libertà negoziale. L’imparzialità della pubblica amministrazione incarnata dalla commissione di conciliazione, ovvero la terzietà del giudice (conciliatore) non sono messe in discussione dall’esercizio di tale funzione: il supporto tecnico-informativo volto alla illustrazione del signifi-

¹⁸ DESSÌ, *L’indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l’art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 183.

¹⁹ PERA, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *RDTPC*, 1967, pp. 224-225.

²⁰ Allorquando prevalse, in dottrina e in giurisprudenza, la tesi della inidoneità della presenza sindacale a garantire la validità degli atti abdicativi o transattivi del lavoratore, in ragione della diversa natura del sindacato post-corporativo (per ogni riferimento, si rinvia a VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, p. 79).

cato e delle conseguenze dell'atto di disposizione contenuto nel verbale di conciliazione serve proprio a ripristinare una posizione di (sostanziale) parità fra le parti.

Indubbiamente, però, in giurisprudenza (esattamente come nel caso di specie) si registra “una speciale attenzione”²¹ quando la conciliazione avviene in sede sindacale, ove si accentua “la tendenza ad attribuire al terzo mediatore un ruolo attivo e di assistenza effettiva”²².

Infatti, è ormai costante l'orientamento che richiede al rappresentante sindacale un'attiva e diretta partecipazione alle trattative – che si racchiude nel concetto di assistenza “effettiva” – al fine di evitare ogni rischio di coazione e di approfittamento da parte del datore di lavoro²³.

Rimane, tuttavia, la difficoltà di individuare che cosa possa concretamente indicare lo svolgimento di una simile attività da parte del conciliatore.

Sul piano sostanziale, tale assistenza si concretizza in una serie di compiti che sfuggono ad una rigorosa classificazione: “rendere edotto il lavoratore in ordine alle sue possibili pretese, esaminare seriamente la probabilità della causa, valutare se ed in quali termini convenga la composizione date le difficoltà che, in diritto e in fatto, la lite presenta”²⁴, e, infine, illustrare gli effetti ‘tombali’ che la conciliazione assistita spiega sui diritti dismessi.

In definitiva, si tratta di fornire la garanzia di un consenso genuino e consapevole, perché *informato*, colmando quel *deficit* cognitivo in cui il lavoratore può venirsi a trovare.

Nel caso in esame, dall'istruttoria il rappresentante sindacale emerge come “una persona sconosciuta”, rimasto “silente dinanzi all'intimidazione datoriale”, senza assumere alcun “contegno concretamente protettivo” nei confronti della lavoratrice, “ragionevolmente ignara della complessa normativa che disciplina la materia e, quindi, in una posizione di evidente debolezza rispetto alla parte datoriale”. Né la mera lettura del verbale predisposto dal datore, accompagnata dalla precisazione della irrevocabilità della decisione

²¹ NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 381.

²² ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2016, p. 117.

²³ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024. In senso conforme, per limitarsi alle pronunzie dell'anno in corso: Trib. Cosenza, 11 settembre 2019, n. 1475; Trib. Bari, 28 agosto 2019, n. 3154; Trib. Roma, 25 giugno 2019, n. 6268; Cass., ord. 1° aprile 2019, n. 9006. In dottrina, v. PIOVESANA, *Conciliazione sindacale ed effettività dell'assistenza prestata al lavoratore*, in *GI*, 2014, p. 4 ss.

²⁴ PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 80.

di sottoscriverlo, sono reputate dal Giudice sufficienti ad integrare quella “reale ed effettiva assistenza” necessaria ai fini della inoppugnabilità della conciliazione raggiunta.

Ciò non toglie che la valutazione (giudiziale) in ordine al carattere effettivo dell’assistenza prescinde – di per sé – dal contenuto, ossia dal *merito* dell’accordo. Sotto questo profilo, non è affatto richiesto – quale requisito di validità del negozio concluso in sede conciliativa – che il mediatore sia riuscito ad imporre una soluzione che risulti il più possibile vantaggiosa per il lavoratore. Indubbiamente, però, “la composizione della lite a condizioni rovinose o gravemente inique in danno del lavoratore, ove accompagnata da ulteriori circostanze spia, potrà costituire concreto indizio del mancato assolvimento da parte del conciliatore sindacale della funzione di garanzia attribuitagli”²⁵. In caso di transazione, l’esiguità dell’importo può essere tale da far venir meno l’elemento della reciprocità delle concessioni, come evidenziato dalla giurisprudenza²⁶.

Rimane il fatto, tuttavia, che il lavoratore, nonostante tutta l’opera di assistenza prestata dal soggetto terzo, può sempre *consapevolmente* preferire una transazione, per così dire, ‘rovinosa’, pur di ottenere una immediata, per quanto minima, soddisfazione delle proprie pretese creditorie. A quel punto, “il conciliatore può, certo, ammonire il lavoratore sulle conseguenze del nero che, sottoscrivendo, sta per apporre sul bianco: ma, alla fine, dovrà pur prendere atto che quel lavoratore, rinunciando ad un diritto derivante da una norma inderogabile, esercita una facoltà riconosciutagli dall’ordinamento”²⁷.

Si è tentato, in dottrina, di delineare situazioni-limite, in cui il terzo avrebbe il potere-dovere di “rifiutare la conciliazione”, ossia qualora essa “abbia ad oggetto «diritti primari» del lavoratore e non solo «diritti patrimoniali derivanti da violazione di norme inderogabili»”²⁸. La questione si semplifica di molto, fino a perdere ogni concreto interesse, ove si consideri che il negozio che abbia le caratteristiche di un patto in deroga è sempre radicalmente nullo,

²⁵ PARDINI, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*, in *RIDL*, 2003, II, p. 180.

²⁶ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 2 marzo 2015, n. 577, che conclude per la nullità del verbale di conciliazione.

²⁷ GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l’assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, 2000, p. 208.

²⁸ ROSSI, *Problemi della “conclusa” conciliazione delle controversie di lavoro*, in *LPO*, 1984, p. 653.

a prescindere dall'eventuale avallo ricevuto da organi qualificati: l'assistenza prestata (o negata) da questi ultimi è semplicemente irrilevante.

Viceversa, i negozi assistiti che si muovano sul piano dispositivo non paiono in alcun modo aggredibili, fino a quando il lavoratore non dimostri la carenza di una effettiva attività di assistenza, ovvero la presenza di un motivo comune di invalidità negoziale (essenzialmente, un vizio del consenso).

Occorre aggiungere che l'assistenza può essere effettiva, anche se l'organo conciliatore non 'condivida' le scelte operate nell'atto imputabile alla esclusiva volontà del lavoratore, il quale, ai fini richiesti dall'art. 2113, 4° comma, non è certo tenuto a uniformarsi al parere espresso dal conciliatore. Ciò vale anche nella conciliazione in sede sindacale, ove "la *ratio* della norma è rispettata, sol che il lavoratore abbia la possibilità di tener conto, nel procedimento formativo della propria volontà, delle indicazioni e dei suggerimenti fornitigli dal sindacato"²⁹.

Il fatto che il conciliatore non abbia l'obbligo di impedire una conciliazione sbilanciata a danno del lavoratore, non significa, naturalmente, che egli non *possa* tentare di farlo: ci si interroga, addirittura, sulla possibilità – per il conciliatore – di "rifiutare il suo assenso alla composizione ipotizzata", "anche se, evidentemente, a questo punto niente può impedire che il soggetto protetto concili da solo, anche a condizioni valutabili come rovinose, e non si avvalga poi della possibilità di impugnare la transazione così invalida"³⁰.

Oltre a poter ovviamente dissentire, il conciliatore in sede sindacale non ci pare obbligato a sottoscrivere il verbale di conciliazione (e questa appare un'altra peculiarità rispetto alla conciliazione amministrativa e giudiziale, dove il conciliatore non può omettere i propri doveri di ufficio); del resto, il sindacato che riceve la richiesta di assistenza potrebbe rifiutarsi *a monte* di partecipare al procedimento conciliativo, ossia prima che questo prenda avvio.

In ogni caso, il tentativo sindacale di impedire il perfezionamento dell'accordo attraverso il rifiuto di fornire assistenza, oppure attraverso la mancata sottoscrizione del verbale, può essere facilmente neutralizzato dalle parti, le quali sono libere di rivolgersi ad altra organizzazione sindacale, oppure ad altra istanza conciliativa, di natura amministrativa o giudiziale.

²⁹ A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 583.

³⁰ PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 81, nonché L. RUSSO, *Rinunce, transazioni e accordi individuali in deroga nei contratti agrari*, Cedam, Padova, 2002, p. 61.

Key words

Diritto del lavoro, rinunzie, transazioni, conciliazione sindacale, contratto collettivo.

Labour law, waivers, compromises, trade union conciliation, collective agreement.

Antonio Lettieri
Memorie dell'altro secolo:
1970, attacco al Taylorismo

Sommario: **1.** Organizzazione tayloristica del lavoro e sindacato. **2.** La teoria di Taylor e la pratica di Ford. **3.** Come nacque l'inquadramento unico. **4.** Formazione e professionalità: "150 ore" e inquadramento unico.

1. Organizzazione tayloristica del lavoro e sindacato

Ero all'ufficio studi della CGIL, quando mi appassionai alla questione delle qualifiche, considerando sbagliata la dottrina che ispirava la tradizionale contrattazione sindacale delle qualifiche, e che aveva nella Cgil un fondamentale supporto teorico e pratico. Quella che allora chiamavamo, senza pudore, la "classe operaia" mi sembrava frammentata da un inquadramento professionale che sacrificava la grande massa degli operai. Insomma, il sindacato si accontentava di rappresentare l'*élite* operaia qualificata. Ricordo che quando andavo a Torino per i Direttivi della CGIL, parlavano tutti piemontese. E io facevo fatica a capirli e dovevo farmi "tradurre" per potere intervenire. Erano i delegati di fabbrica tutti piemontesi e tutti facenti parte dell'*élite* operaia. Eppure la grande maggioranza degli operai era composta di meridionali con i loro dialetti (che avrei capito), ma loro non c'erano. Non era un difetto del grande sindacato torinese. È che il sindacato aveva sempre rappresentato gli *skilled*. La grande massa degli *unskilled* – addetti con mansioni elementari alle macchine o all'assemblaggio – erano una sottospecie incapace di (o impossibilitata a) autorappresentarsi. Era la grande massa degli operai comuni.

In sostanza, il sindacato si era adeguato alla divisione del lavoro secondo

il rigoroso modello di Taylor, applicato da Henry Ford all'inizio del secolo. Era il superamento dell'operaio di mestiere, la dequalificazione di massa come indispensabile premessa e corollario della svolta del lavoro industriale. Secondo il nuovo modello della manifattura, la grande massa dei lavoratori era addetta a mansioni elementari, il cui svolgimento era dettato dalle macchine utensili e, successivamente, dalla catena di montaggio. Non bisognava conoscere il processo produttivo. Il segreto dell'*organizzazione scientifica del lavoro* dell'ingegnere Taylor era nell'estrema parcellizzazione, che aborrisce (ed escludeva) l'intervento attivo del lavoratore. Non si chiedeva alcuna intelligenza del processo. Ogni lavoratore era al servizio della sua mansione: con tempi rigorosamente scanditi per ogni movimento. Era quello che poi fu definito l'*operaio-massa*. In sostanza la stragrande massa dei lavoratori della manifattura.

Rievocando Marx, si poteva dire che, mentre nella manifattura tradizionale la macchina era al servizio dell'uomo, ora l'uomo si poneva al servizio della macchina.

Taylor aveva esemplificato la sua rivoluzione con la famosa descrizione del modo di spazzare il cortile di una fabbrica: la lunghezza della scopa; il modo di impugnare; la sequenza dei movimenti delle braccia; la raccolta della spazzatura; il suo smaltimento. Ford applicò e perfezionò il modello, parcellizzando le operazioni e riducendole a pochi secondi, determinati dal ritmo di avanzamento della linea di montaggio. Naturalmente, il funzionamento di questo modello – che rivoluzionava il modo di lavorare – era strettamente connesso a una disciplina rigorosa, assoluta. Tempi e metodi non potevano essere scalfiti dall'intervento umano. Il vantaggio era indiscutibile. La produttività cresceva a vista d'occhio. E il salario orario, secondo Taylor, poteva essere aumentato almeno della metà. Henry Ford, patriarca della dinastia, fece di più: raddoppiò il salario giornaliero portandolo a 5 dollari. I profitti crescevano, a loro volta, vertiginosamente. In America si prepararono gli anni del *boom* e della ricchezza crescente di un'*élite* che si rispecchiava nel "Grande Gatsby" di Fitzgerald. Fino a quando non venne la grande crisi del 1929.

2. *La teoria di Taylor e la pratica di Ford*

Ma non a tutti era piaciuta la nuova scienza del lavoro. La rivoluzione di Taylor parve così sconvolgente, che la Commissione Lavoro del Congresso

americano lo convocò, nel 1912, accusandolo di propagandare un metodo disumano di sfruttamento e abbruttimento delle masse lavoratrici. L'ingegnere Taylor eccepì che l'abbattimento dei costi favoriva l'aumento del potere d'acquisto, insieme alla riduzione dei prezzi e incentivava i consumi di massa a beneficio degli stessi lavoratori e dell'intera popolazione. La Commissione rimase dell'idea che si trattava di un'allarmante disumanizzazione del lavoro, e che occorresse porvi dei limiti.

Ma ormai il dado era tratto. Henry Ford – che aveva sviluppato il concetto di *parcellizzazione del lavoro* fino ai limiti estremi resi possibili dal movimento automatico della catena di montaggio – si avviava a comandare sulla più grande fabbrica del pianeta, diventando il più ricco imprenditore americano. Il nuovo paradigma dell'organizzazione del lavoro era stato fissato una volta per sempre. La grande massa dei nuovi *lavoratori senza qualità* – parafrasando Musil – e senza necessità di addestramento, era composta dagli immigrati dal Sud degli Stati Uniti d'America. Come in Italia dal Mezzogiorno. La disciplina militare delle nuove fabbriche era un dato di fatto. Potevi andartene (e molti non si presentavano il lunedì, dopo aver preso il salario di fine settimana), o dovevi adeguarti al ritmo delle macchine e alla cadenza della linea di montaggio. Non si poteva più giostrare sui tempi come poteva fare l'operaio di mestiere col cottimo. I ritmi del *lavoro in frammenti* (come più tardi lo definì Touraine) erano inesorabilmente predefiniti. (Detto tra parentesi, questo può oggi apparire un mondo finito per sempre, ma non è così. Il lavoro in *Amazon* ne è la rappresentazione odierna: con il controllo elettronico, al posto di quello meccanico, delle mansioni e dei tempi di esecuzione della prestazione lavorativa). Se qualcuno cominciava ad agitarsi, era normalmente licenziato. Ma il complesso apparato di sorveglianza della Ford aveva un sistema più sofisticato. Una serie di guardiani controllava il comportamento dei lavoratori più discoli (o supposti tali), e gli sgherri si presentavano nelle loro case per raccomandare alle mogli di badare alla condotta del marito, se non voleva che fosse licenziato. (Debbo confessare che questa parte, apparentemente aneddotica del racconto, s'insinuava nella mia mente ed entrava a far parte di una storia del moderno lavoro industriale di massa, che nel sindacato era rimasta oscura come l'altra faccia della luna). Il sindacato continuava a essere formato dai delegati degli operai di mestiere: quelli che ancora potevano applicare la loro intelligenza ed esperienza al controllo delle macchine, a guidarne il funzionamento, a ripararle, etc. L'AFL, la grande Confederazione americana del lavoro, aveva sempre rappresentato quella che

poteva definirsi l'*élite* operaia: di cui l'impresa non poteva fare a meno e le cui condizioni di lavoro e di salario doveva contrattare col sindacato.

Il resto, cioè la grande massa (neri, immigrati; lavoratori bianchi poveri; donne del settore tessile ecc.) era abbandonata a se stessa. D'altra parte, la disciplina taylorista-fordista impediva per definizione un intervento esterno sulle condizioni di lavoro. Il sindacato non contava sulla grande massa di operai comuni, e questi non contavano sul sindacato, ammesso che ne conoscessero l'esistenza. (L'esempio attuale è *Walmart*, la più grande catena di supermercati del pianeta, con oltre due milioni di dipendenti). La sovrapposizione fra *organizzazione scientifica del lavoro* e *strategia sindacale* era, a suo modo, perfetta. L'AFL alla fine degli anni Venti rappresentava solo tre milioni di lavoratori nel paese della rivoluzione industriale. Ford fece di più: impedì al sindacato di entrare nelle sue fabbriche, perfino durante il New Deal rooseveltiano. Nella seconda metà degli anni trenta era nato il CIO, il sindacato industriale, che però mise piede nelle sue fabbriche solo durante la II guerra mondiale, quando la Ford aveva le commesse di guerra, e stentava a reclutare maschi, impegnati dopo *Pearl Harbour* sui fronti di guerra. (Per inciso, non ho mai capito perché si è sempre detto che il fordismo era alla base delle conquiste sindacali, poi entrate in crisi col ...post-fordismo!)

Essendomi dedicato all'analisi della fondazione e degli sviluppi dell'organizzazione capitalistica del lavoro (di cui lo stesso Lenin si era dichiarato entusiasta agli albori della rivoluzione sovietica), arrivai alla conclusione che il sindacato – coscientemente o forse no (“il pensiero dominante è quello delle classi dominanti”) – aveva avallato la divisione scientifica del lavoro e contribuito a formalizzarla nell'ordinamento gerarchico delle qualifiche. Il sindacato stesso rispecchiava la divisione del lavoro. L'*élite* operaia era elevata alla direzione del sindacato – e indirettamente dei partiti socialdemocratici, come nel caso emblematico del *Labour Party* – mentre la grande massa dei lavoratori rimaneva, come avrebbe detto *Hirshman*, “senza voce”. Semplice, all'apparenza: bisognava scardinare il sistema rigido e chiuso delle qualifiche. Bisognava immaginare un processo dinamico della partecipazione al lavoro da parte delle grandi masse di lavoratori comuni come leva per agire e provare a scardinare l'organizzazione del lavoro taylorista-fordista. Un compito che non sfiorava il sindacato, impegnato piuttosto, quando ci riusciva (come in America, al tempo di *Walter Reuther*, grande leader del sindacato dell'auto), a vendere cara la pelle, imponendo forti limiti alla manipolazione aziendale dell'organizzazione del lavoro e, insieme, alti salari.

In Europa il sistema delle qualifiche era nei suoi fondamenti sacralizzato. Bisognava dissaccarlo: dimostrare che era complice della frantumazione della classe operaia. Alla *Renault*, ancora nel 1969, perfino l'operaio comune della catena di montaggio era stato diviso in venti posizioni. Ma era la *job evaluation*, nata in America, la più sofisticata, "scientifica" frammentazione della prestazione lavorativa, e dei lavoratori. Ma chi aveva avallato la *Job analysis* in Italia, se non proprio il sindacato? Chi aveva firmato, persino con un certo entusiasmo, il nuovo inquadramento alla *Finsider* se non Lama?

3. Come nacque l'inquadramento unico

Alla vigilia dell'autunno caldo, sono passato dall'Ufficio studi della CGIL alla FIOM con in mente molti dubbi – per non dire una forte avversione – circa il modo col quale il sindacato aveva tradizionalmente trattato il problema delle qualifiche. E così, all'inizio del 1970, mi capitò uno di quei casi che cambiano il corso...delle cose: mi fu affidato il settore siderurgico, nell'ambito del quale si doveva rinnovare l'accordo aziendale dell'*Italsider*. Mi dissero che non c'erano grandi problemi; bastava, come ogni anno, rinegoziare un buon premio di produzione. Si era appunto nel gennaio del 1970: io però – dopo le lotte studentesche del '68, il Vietnam, le lotte operaie in Francia col ritiro di de Gaulle, l'"autunno caldo" in Italia – ero convinto che si potesse cambiare il mondo. Perché non provare a cancellare il più sofisticato inquadramento professionale, la *Job evaluation*, espressione massima della tendenza alla frantumazione del lavoro e (come si chiamava allora) della classe lavoratrice? Presi tempo, per tre mesi girai i centri siderurgici, facendo riunioni che duravano intere notti con i delegati Fiom e via via unitariamente con Fim e Uilm. Chiedevo loro di spiegare alla lavagna l'organizzazione della produzione e del lavoro nel proprio centro siderurgico (Bagnoli, Taranto, Piombino, Genova). Organizzazione che io conoscevo solo teoricamente. Poi chiedevo perché gli operai erano divisi in 24 "classi" (con altrettanti parametri salariali) e in termini rigorosamente prefissati. Molte mie domande erano effettive: scoprivo i dettagli del processo produttivo delle più grandi e complesse fabbriche esistenti in Italia. Altre erano "socraticamente" retoriche. Perché una divisione così frantumata dei "posti di lavoro"? I singoli lavoratori non erano in grado di coprire la maggior parte di questi "posti": che, a conti fatti, erano posti (*jobs*) intercambiabili? Chi controllava

l'altoforno aveva certamente un'esperienza e una responsabilità particolari, da riconoscergli. Ma, insomma, due o tre "livelli d'inquadramento" potevano essere sufficienti a coprire il lavoro operaio. Per di più, potevano passare dall'uno all'altro livello sulla base dell'esperienza e dell'arricchimento della formazione. Poi la *job* prevedeva 14 posizioni per impiegati e tecnici, sovraordinate alle 24 operaie, e inoltre 10 posizioni per "categorie speciali" o quadri intermedi. Cinquanta posizioni: non erano troppe? Non costituivano una divisione per molti versi artificiale dei lavoratori.

A questo punto bisognava allargare la riflessione a interlocutori dei più alti livelli tecnici: quadri tecnici e ingegneri, che sapevano tutto del processo produttivo. Si trattava spesso di quadri conosciuti dalle maestranze per il loro impegno sindacale o anche politico. (Alcuni li conoscevo personalmente in quanto impegnati nel Partito Socialista d'Unità Proletaria, il *Psiup*, all'epoca discretamente presente nelle fabbriche). Per alcuni mesi i capi delegati della Fiom-Cgil presero l'abitudine di discutere fra di loro e unitariamente con quelli della Uilm e della Fim-CISL (questa era in maggioranza a Taranto, il più nuovo e più grande centro siderurgico d'Europa). Dopo tre o quattro mesi di riflessioni e dibattiti in ognuno dei centri siderurgici, eravamo pronti per presentare la piattaforma unitaria della FLM per il rinnovo dell'accordo aziendale. Con al centro non tanto il premio di produzione (che pure vi era compreso), quanto – nientemeno! – l'abolizione della *Job evaluation* e delle sue 50 classi, da ricondurre a sei livelli d'inquadramento: comprensivi di operai, impiegati e tecnici. In effetti, si trattava di una rivoluzione, non di un semplice aggiustamento dell'inquadramento professionale: una parte importante degli impiegati veniva collocata allo stesso livello, o addirittura al di sotto, degli operai. Alla direzione generale dell'Italsider di Genova, dove era concentrata la grande massa di impiegati, ci fu una rivolta. Non avrebbero mai accettato la piattaforma. Ma ormai il convoglio non poteva essere fermato. Quando chiesi di andare a presentare e difendere la piattaforma nella sede centrale, mi dissero che me l'avrebbero impedito. Io dissi al consiglio di fabbrica dell'Oscar Sinigaglia che ci sarei andato comunque. E alla data prevista trovai una sorpresa: alla porta del quartier generale dell'Italsider un gruppo di delegati aveva portato senza dirmelo un piccolo gregge di pecore, come simbolo della codarda sottomissione degli impiegati. Non mi facilitarono il compito! Ma, nonostante le urla degli impiegati incattiviti, riuscii a tenere l'assemblea (o qualcosa che gli assomigliava) nella grande sala mensa.

Poiché ai piani alti del sindacato nessuno s'era occupato della piatta-

forma, ci si meravigliava che ci volesse tanto tempo ad avviare il rinnovo di un accordo aziendale, al cui centro c'era, secondo la tradizione, il solo premio di produzione. Quando ai comitati esecutivi nazionali di Fiom-Fim-Uilm, ormai in procinto di formare l'FLM, illustrai la piattaforma, molti rimasero più o meno scettici. Si poteva capire l'abolizione della *Job*, ma per adottare il sistema tradizionale delle "paghe di posto" in vigore nelle acciaierie di Milano o Brescia. La storia di sei livelli – dove si "confondevano" operai qualificati e operai comuni, impiegati e tecnici – appariva una stravaganza. Per di più il gruppo dirigente comunista della Camera del Lavoro di Genova era già venuto a esporre la propria contrarietà alla segreteria nazionale della CGIL. Ma ormai la piattaforma era stata unitariamente approvata in una grande assemblea nazionale dei delegati *Italsider*.

Il negoziato durò fino a Natale e le ore di sciopero superarono quelle del precedente autunno caldo. Passavo intere notti con i delegati di fabbrica per studiare l'organizzazione degli scioperi nella forma articolata e "a scacchiera". Vale a dire: blocco del grosso del processo produttivo col fermo di un settore cardine alla volta, in modo da ridurre il costo degli scioperi, pur accrescendo la perdita della produzione. Al tempo stesso, bisognava avere la garanzia assoluta che lo sciopero non incidesse sull'integrità degli impianti: un errore poteva creare un disastro nella tenuta degli altiforni. Rendemmo più stringente l'"accordo sulla salvaguardia degli impianti". Ma ciò che contava era che il gruppo dirigente dei delegati si era pienamente impadronito della conoscenza del sistema operativo della fabbrica.

La dirigenza dell'*Italsider*, della *Finsider* e poi dell'IRI, fece di tutto per fermare la vertenza, ricorrendo alle Confederazioni e al Governo, presieduto da Emilio Colombo. Mi fu proposto (considerandomi l'anima nera della vertenza) di visitare, insieme a una delegazione della direzione, qualsiasi centro siderurgico – dall'Olanda al Giappone – per individuare il sistema di inquadramento più avanzato e trasporlo in Italia. Risposi, con una certa tracotanza (che all'epoca non mi mancava), che sapevo tutto quello che era necessario sapere; e che, se ne avessi avvertito la necessità, sarei andato a visitare quelle fabbriche con una delegazione operaia per conto delle Confederazioni. La vertenza fu chiusa, dopo molti mesi di lotta, tre giorni prima del Natale del 1970, con un inquadramento unico che riduceva le 50 classi della *Job evaluation* a otto livelli, con il primo iniziale sostanzialmente vuoto e il secondo di passaggio. Era un successo sul quale nessuno avrebbe scommesso. I dirigenti dalla CGIL (da Trentin a Lama) apprezzarono la conclusione che aveva por-

tato per la prima volta Fiom e CGIL nel cuore della siderurgia pubblica. In seguito vengo a studiare da altri paesi la novità della contrattazione nella siderurgia italiana.

Per me era tutta un'altra storia. All'epoca le utopie sembravano camminare sulle gambe degli uomini: se solo se ne avesse oggi l'audacia e la costanza! Mi convinsi che, se era stato smontato il più sofisticato sistema d'inquadramento, si poteva ripetere l'esempio a livello dell'intera categoria dei metalmeccanici. Non c'era molto tempo per introdurre l'inquadramento unico nella piattaforma dell'intera categoria dei metalmeccanici al rinnovo del contratto nazionale, in scadenza alla fine del 1972.

4. *Formazione e professionalità: "150 ore" e inquadramento unico*

Intanto i metalmeccanici aderenti alle tre Confederazioni si erano riuniti nella FLM. L'accordo con la FIM di Carniti e la UILM di Benvenuto era stato facilitato dal successo dell'Italsider e dai successi dell'autunno del 1969: quando la vertenza aveva avuto una forte tensione egualitaria (aumento salariale uguale per tutti). L'inquadramento unico conquistò il centro della piattaforma per il rinnovo del contratto nazionale del 1972. In realtà, non si trattò d'altro che della trasposizione – nella piattaforma dell'accordo per l'intera categoria – dell'accordo Italsider: otto livelli, comprendenti operai e impiegati. Con un'aggiunta destinata a sollecitare curiosità e interesse in un campo più vasto: la rivendicazione di "150 ore" (tetto massimo), pagate dalle imprese con l'impegno del lavoratore a dedicare alla formazione il doppio del tempo retribuito. La cosa sembrò priva di senso a Federmeccanica e Intersind, perché non era legata a uno specifico interesse di formazione e addestramento collegato al funzionamento dell'azienda. Il lavoratore infatti poteva scegliere senza vincoli il campo di arricchimento della propria formazione.

Nel corso della trattativa per il rinnovo del contratto nazionale dei metalmeccanici, il Direttore dell'Intersind Mortillaro, noto per la sua rigidità, mi chiese se un lavoratore potesse utilizzare questo tempo, parzialmente a carico dell'impresa, anche per imparare a suonare il clavicembalo. Ricordo che risposi con compiaciuta ironia che la questione era ben posta e mi aiutava a precisare il senso della rivendicazione. Era un esempio chiarificatore, perché la risposta era "sì". Il lavoratore avrebbe potuto chiedere di dedicare al clavi-

cembalo una quota di tempo retribuito. In ogni caso, lo scambio polemico contribuì a popolarizzare le 150 ore. Sulla rivista *Sapere* uscì un mio articolo, annunciato in copertina con un grande clavicembalo. In effetti, con la libertà di scelta del lavoratore, si voleva stabilire un principio generale. Concretamente, le domande (il numero delle ore collettivamente disponibile era di anno in anno parametrato sull'organico dell'azienda) erano filtrate dal Consiglio di fabbrica, per cui si doveva stabilire una griglia preferenziale nella valutazione delle domande con alcuni contenuti eventualmente considerati prioritari. Dal mio punto di vista, l'essenza dell'istituto delle 150 ore stava nell'averlo collegato, nell'ordinamento, col nuovo (rivoluzionario) assetto delle qualifiche. Siccome, nel nuovo ordinamento, era stabilito per contratto che la "professionalità" corrispondesse alla capacità di conoscere il processo produttivo e di intervenire su di esso, ogni lavoratore doveva avere il diritto di arricchire la sua conoscenza del processo e di intervenire per gli aspetti di sua competenza. Insomma, in linea di principio, le 150 ore erano strumentali alle dinamiche dell'inquadramento unico. Il che non escludeva l'intento dei lavoratori di arricchire *anche* altri loro interessi culturali (esemplificato appunto dal clavicembalo). Proprio perché nel nuovo istituto si rifletteva il principio egualitario di superare, in prospettiva, la rigida separazione fra *skilled* e *unskilled*. Tutti, indistintamente, potevano ambire a un più alto livello di formazione culturale a carattere generale assieme alla condizione di lavoro, in relazione al processo tecnico che ne caratterizzava la prestazione.

La vertenza su questo punto fu aspra. Ma, una volta conclusa con successo, il nuovo istituto conquistò grande popolarità. Molte Università organizzarono corsi *ad hoc*. Tanto nei Politecnici di Torino, Milano, Napoli – dove si mescolavano operai e tecnici interessati allo studio delle macchine e all'evoluzione delle tecnologie – quanto nelle Facoltà di Economia, Giurisprudenza e Lettere si tenevano "corsi delle 150 ore" (sulla composizione della busta-paga; sulla storia della contrattazione, sui principi costituzionali ecc.). Sorprendente era lo spirito innovativo, in un'atmosfera entusiastica: sia dei docenti, sia dei lavoratori. I quali per la prima volta entravano nei luoghi della cultura, distanti mille miglia dalla loro esperienza giovanile. Io fui dichiarato *padre delle 150 ore*, ma in realtà queste erano in un certo senso complementari alla rivoluzione dell'inquadramento unico. E, da un punto di vista politico, l'incontro tra operai e studenti in carne e ossa era un omaggio al '68. Un incontro vero, non solo evocato in una fantasiosa rivoluzione culturale alla cinese.

Intanto, la FLM aveva conquistato un posto di rilievo nel sindacalismo europeo, specie in Francia, dove si sottolineava la differenza tra CGT e CGIL e l'importanza del processo unitario in Italia. *Temps Modernes*, la rivista di Jean-Paul Sartre, nel 1971 aveva pubblicato un numero doppio sull'inquadramento unico, con un mio articolo intitolato *L'usine et l'école*, dove anticipavo il progetto formativo che avrebbe avvicinato la scuola alla fabbrica, gli operai agli studenti. Due soggetti che in Francia, nel maggio del '68, erano rimasti separati se non contrapposti (almeno all'inizio). Dal mio punto di vista, si trattava di inventare nuovi modelli contrattuali e ambire a nuove conquiste sociali, per superare simbolicamente la contrapposizione di principio fra *lavoro manuale* e *lavoro intellettuale*. E difatti, al 5° livello di inquadramento unico si potevano incontrare un operaio altamente specializzato (forse all'origine un immigrato calabrese con la 5^a elementare, essendo stata solo da poco introdotta la scuola unica dell'obbligo) e un ingegnere (uscito dal Politecnico di Napoli o Milano) all'inizio della carriera.

L'Usine et l'école fu ripubblicato in un libro collettaneo di André Gorz nel 1973, intitolato *Critique de la division du travail*. Gorz apparteneva, con Sartre, alla direzione di *Temps Modernes*. L'articolo fu tradotto in molte lingue: dall'inglese al tedesco, dallo spagnolo al portoghese e al serbocroato (!). Intanto, dopo il successo dell'inquadramento unico conquistato dalla FLM, il modello fu esteso a tutta l'industria e, negli anni successivi, ai servizi e persino al pubblico impiego. Pian piano, tutto diventò ordinaria amministrazione. Nessuno si occupò più della sua origine e della piccola "rivoluzione culturale" che ne era stata la base teorica e poi il terreno di un memorabile conflitto sindacale.

Io smisi di occuparmene. Sulle 150 ore uscirono saggi e libri, ma il riferimento all'inquadramento unico fu progressivamente smarrito. Delle sue origini si persero le tracce. Tra l'altro, tutti quelli che, a vario titolo – giovani ricercatori o anche storici del movimento sindacale – per andare alle origini della modifica dell'ordinamento professionale, erano soliti rivolgersi, in Lombardia, Emilia o Toscana, ai dirigenti sindacali comunisti, non trovavano spiegazioni particolarmente illuminanti. Anche perché essi sapevano poco o nulla su origine e intrecci tra una certa filosofia sociale e l'elaborazione delle piattaforme da cui era nato il cambiamento. Io non credo di averne più scritto, se non casualmente. Il Psiup si era sciolto nel '72, e la corrente sindacale si era dissolta col passaggio alla corrente comunista (che offriva posti di direzione e candidature parlamentari) o, in parte esigua, alla corrente socialista.

Io rischiavo di essere un “indipendente di sinistra” nel sindacato: una strana posizione, priva di senso in un’organizzazione basata sulla rappresentanza. Mi dedicai perciò alla costruzione della *Terza componente* della CGIL, insieme con i compagni di Napoli (all’Italsider di Bagnoli avevo un buon seguito), di Firenze e di Torino. Qui lavorava il più caro tra i miei compagni: Renato Lattes. Per me “inquadramento unico” e “150 ore” presto appartennero al passato. Ora bisognava pensare a costruire un futuro, che si annunciava incerto, ma che forse, proprio per questo, mi appassionava.

Key words

Taylorismo, inquadramento unico, categorie di lavoratori, contrattazione collettiva.

Taylorism, unitary job classification, categories of workers, Collective bargaining.

Carmen Amato

La recente legislazione francese sulle disparità salariali di genere. Prime riflessioni

Sommario: **1.** Il contesto. **2.** I contenuti. **3.** I dati delle aziende francesi sopra i 250 dipendenti. **4.** A mò di conclusione. Cosa accadrà nei prossimi mesi.

1. *Il contesto*

Che il tema delle disparità uomo-donna sia sentito in Francia da almeno un triennio è circostanza confermata, tra le altre, dal riconoscimento nel 2015 dell'Associazione denominata *Osez le féminisme* come di interesse generale¹ e dalla creazione nel marzo 2016 di altra Fondazione specificatamente dedicata al tema ovvero la *Fondation des Femmes*².

Quest'ultima, che gode del supporto di attori, cantanti ed in generale artisti celebri in Francia nonché dello stesso Comune di Parigi³, dispone di

¹ L'associazione era stata già creata nel novembre 2009 avendo come porta parola la giovane Caroline De Haas all'epoca militante di *Amnesty International* e dell'Unione nazionale degli studenti di Francia. Ad oggi esiste non solo in Francia ma anche in Belgio e Svizzera ed ha una rivista bimestrale scritta dagli aderenti che affronta tutte le questioni legate alla disegualianza uomo-donna non solo sotto il profilo della violenza ma anche, ad esempio, rispetto al ruolo delle religioni e dell'educazione. Nel 2014 *Osez le féminisme* si è dotata di circa 20 strutture locali per garantire una presenza capillare sul territorio.

² Trattasi della Fondazione più solida ed impegnata per i diritti delle donne con uno sportello anti-violenza e 5 gruppi di lavoro al suo interno rispettivamente su: discriminazioni, pubblicità sessiste; salute; violenza, protezione dei minori.

³ Il comune di Parigi ha infatti donato alla Fondazione una ex scuola accanto al Senato. L'edificio su più piani ha preso il nome di "*Cité de l'Égalité et des Droits des Femmes*" e ha uno sportello fisso di consulenza giuridico-legale per le donne vittime di violenza, di ingiurie o in generale di discriminazioni.

una rete di circa 200 avvocati (c.d. “*Force juridique*”) impegnata nella difesa delle donne a 360 gradi.

In virtù di una Convenzione siglata l’8 marzo 2018 con il Consiglio dell’ordine degli avvocati di Parigi, grazie alla Fondazione sono stati simbolicamente affrontanti nel 2018 e nel 2019 365 *dossiers* di donne vittime di discriminazioni gratuitamente.

Non solo ma la Fondazione si è impegnata anche e soprattutto sul tema oggetto di interesse ovverosia le disparità salariali fornendo, ai fini del loro riconoscimento, sia una guida (scaricabile dal sito) sia video esplicativi del fenomeno con brevi interviste rispettivamente ad un’avvocata in diritto sociale e penale⁴, ad una Direttrice Risorse Umane⁵, ad un’ispettrice del lavoro⁶ e ad una sindacalista della CGT⁷.

Inoltre sia la *Fondation des Femmes* che l’associazione *Osez le féminisme* hanno promosso nel 2018 e nel corrente anno l’iniziativa denominata “8 marzo ore 15:40, l’ora dei conti” per incitare allo sciopero quel 52% di donne cassiere, insegnanti, segretarie, assistenti sociali e amministrative, ecc. che guadagnando il 26% in meno dei colleghi maschi (tale è il divario salariale medio a livello UE) è come se prestassero di fatto la loro opera gratuitamente ogni giorno dalle 15:40 in poi.

Ancora per l’8 marzo del prossimo anno, il gruppo di lavoro sulle discriminazioni della *Fondation des Femmes* ha scelto di dedicare la giornata sempre al tema delle disparità salariali.

In particolare l’idea è di commentare i primi dati completi rispetto alla pubblicazione dell’Index di cui meglio si dirà nel prosieguo, visto che anche l’ultima *tranche* di aziende, ovverosia quelle tra i 50 e i 249 dipendenti, avrà calcolato e pubblicato i numeri avendo come termine ultimo legale il 1° marzo 2020.

⁴ Ci si riferisce all’avvocata AINCIART che sintetizza nel suo video il diritto anti-discriminatorio di genere e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue sul punto.

⁵ FRÉDÉRIQUE LANCSTREMER, direttrice risorse umane del Comune di Parigi si sofferma nel video sull’incidenza delle ore supplementari e delle indennità, ad esempio di trasferta, nella differenza tra salari e sull’importanza di negoziare bene la remunerazione al momento dell’assunzione.

⁶ KARINE GRANIER, ispettrice del Ministero del lavoro, spiega nella sua intervista cosa può fare l’ispettore del lavoro in caso di segnalazione individuale di una discriminazione salariale con garanzia dell’anonimato.

⁷ SOPHIE BINET incaricata dell’eguaglianza uomo-donna all’interno del sindacato Cgt precisa che il sindacato agisce non solo a livello negoziale ma anche con azioni in giudizio sia a supporto della singola persona sia in favore di un gruppo e quindi con azioni collettive autorizzate sulla materia in Francia a partire dal 2017.

Molto si parlerà della possibilità di azioni collettive per incentivare le donne a denunciare i loro minori stipendi, traendo forza dal gruppo.

Sotto questo profilo, si seguirà con attenzione la vicenda promossa dal sindacato CGT in rappresentanza di 8 dipendenti contro la loro Società ovvero la *Caisse d'Epargne*.

Il 4 giugno 2019, infatti, è stata recapitata alla sede legale della Banca succitata una lettera di messa in mora per le penalizzazioni ammontanti a circa 700 euro al mese subite dalle donne non solo sotto il profilo strettamente salariale ma anche della progressione di carriera.

Se nei prossimi 6 mesi ovvero entro la fine del mese di dicembre 2019 l'azienda non avrà redatto e negoziato un piano di rientro dalle disparità, il sindacato procederà giudizialmente.

Tutto ciò solo per dare un'idea del contesto sociale in cui si inserisce, nell'ambito di un più vasto progetto di riforma del lavoro, il nuovo capitolo II bis del titolo IV del codice del lavoro francese.

2. *I contenuti*

L'intervento chiave sul tema oggetto di esame è racchiuso all'interno della legge del 5 settembre 2018, n. 771 anche detta "legge per la libertà di scelta del proprio avvenire professionale" articoli da 104 a 107.

Con le norme succitate è stato modificato il codice del lavoro francese nel senso di inserire dopo il capitolo II del titolo IV del libro I, un capitolo II bis intitolato "misure per eliminare il divario retributivo tra donne e uomini nell'impresa".

In particolare, sono stati introdotti:

1) un obbligo *generale* per le aziende private, a prescindere dalle dimensioni, di tener conto della parità uomo-donna nel trattamento retributivo;

2) un obbligo *specifico* per le aziende dai 50 dipendenti in su di:

a) compilazione di un apposito "*Index*" di misurazione del differenziale salariale (con esito da pubblicare sul sito internet della Società e da comunicare ai sindacati oltre che alle amministrazioni competenti);

b) elaborazione di un piano societario (al massimo di durata triennale) di rimozione delle disparità (se presenti e rilevate mediante l'*Index* di cui al precedente punto).

Sull'obbligo *generale* interviene il nuovo articolo L. 1142-7 del *Code du*

Travail che così recita: “L’employeur prend en compte un objectif de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes”⁸.

L’obbligo *specifico* è contenuto nell’articolo seguente ovverosia l’art. L. 1142-8 che sancisce: “*Dans les entreprises d’au moins cinquante salariés, l’employeur publie chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en oeuvre pour les supprimer, selon des modalités et une méthodologie définies par décret*”⁹.

I datori di lavoro privati con almeno 50 dipendenti sono, quindi, tenuti a:

- 1) calcolare e pubblicare annualmente¹⁰ indicatori numerici relativi al *gender pay gap* nella loro impresa, secondo la metodologia definita in un apposito Decreto entrato in vigore il 1° gennaio 2019;
- 2) individuare la causa del differenziale retributivo se presente;
- 3) rimuovere la fonte che ha generato i differenti salari uomo-donna a parità di età, anzianità professionale e, ovviamente, mansione/livello di inquadramento ovverosia per lavoro di egual valore¹¹.

Come si anticipava, l’elemento più interessante della legislazione francese consiste nell’obbligo di calcolare, secondo rigidi parametri governativi, il punteggio in termini di disparità salariale e nel connesso onere di redazione, sotto pena di pesanti multe, di una programmazione annuale o pluriennale (max 3 anni) delle misure finanziarie di recupero.

Non solo ma viene tolto qualsiasi spazio alla discrezionalità aziendale nel momento in cui si introduce l’automatismo del recupero del differenziale sotto i 75 punti (su 100).

All’articolo L. 1142-9 del *Code du Travail* si precisa, infatti, che quando i risultati ottenuti dall’impresa rispetto agli indicatori menzionati al precedente articolo L. 1142-8 si situano sotto un livello minimo definito per decreto, la

⁸ A valle del medesimo articolo L. 1142-7 il legislatore francese precisa che la norma è in vigore dal 1 gennaio 2019 per le aziende con più di 250 dipendenti; mentre per le società da 50 dipendenti (e fino ad un massimo di 250 dipendenti) si applicherà a partire dal 1 gennaio 2020.

⁹ Rispetto all’entrata in vigore anche di questa disposizione legislativa vale quanto scritto nell’antecedente nota.

¹⁰ Da quando far partire l’anno sarà la stessa azienda a deciderlo.

¹¹ Il Ministero del Lavoro francese, nella guida sull’eguaglianza salariale uomo-donna, scaricabile dal sito istituzionale, chiarisce che per lavoro di egual valore si intende un lavoro con un insieme comparabile di conoscenze professionali o capacità. Le conoscenze possono essere validate da un titolo, un diploma o una pratica professionale. Le capacità concernono l’esperienza acquisita, le responsabilità, la pressione psichica legate a un posto di lavoro.

negoziazione sull'uguaglianza professionale già prevista al comma 2 dell'articolo L. 2242-1 va fatta anche sulle misure adeguate e pertinenti di correzione accanto ad una programmazione specifica annuale o pluriennale delle misure finanziarie di recupero salariale.

Le suddette misure di *rattrapage salarial* vanno concordate con i delegati sindacali aziendali e, solo in caso di impossibilità, sono definite in via unilaterale dal datore.

La decisione sulla programmazione va, poi, depositata presso l'autorità amministrativa competente.

A precisare che il periodo massimo a disposizione del datore per mettersi in conformità è di 3 anni è poi la norma seguente ovvero sia l'articolo L. 1142-10.

Il dispositivo in esame chiarisce che, spirato il termine massimo dei 3 anni, se l'azienda continua ad avere un punteggio al di sotto del livello minimo definito per decreto si applicheranno automaticamente le penalità finanziarie fino all'1% del fatturato societario.

L'importo esatto della multa sarà fissato alle condizioni stabilite dal Decreto attuativo della legge n. 771/2018 (introduttiva degli artt. L. 1142-7; L. 1142-8; L. 1142-9; L. 1142-10 del codice del lavoro francese).

Tale Decreto attuativo – dell'8 gennaio 2019 – definisce, in generale, tutti gli aspetti pragmatici legati all'attuazione dell'obbligo di calcolo delle disparità salariali, come di seguito riassunti.

- In primo luogo, in esso si precisano i tempi di attuazione inizialmente diversi a seconda della dimensione aziendale (nonostante l'entrata in vigore della legge dal 1° gennaio 2019).

L'obbligo di pubblicazione del punteggio andava, cioè, osservato entro il primo marzo 2019 per le aziende sopra i 1000 dipendenti ed entro il primo settembre 2019 per le aziende con più di 250 e meno di mille dipendenti. Lo stesso, invece, sarà ancora da applicare entro il primo marzo 2020 per le aziende sopra i 50 ma sotto i 250 lavoratori, alle quali è stato, quindi, concesso un maggior tempo di adeguamento.

A regime, l'*Index* dovrà essere pubblicato sul sito internet di ciascuna impresa e comunicato al sindacato ogni anno entro il primo marzo (per l'anno precedente)¹². La mancata pubblicazione equivarrà ad un inadempimento che farà scattare sanzioni pecuniarie.

¹² L'*index* pubblicato dalle aziende sui loro rispettivi siti sarà ripreso anche dal Ministero del Lavoro e pubblicato sul suo sito istituzionale.

- In secondo luogo, si chiarisce che i dipendenti da prendere in considerazione ai fini della comparazione retributiva sono quelli in forza nell'anno (così come liberamente individuato dall'azienda nel suo punto di partenza), esclusi gli apprendisti, i lavoratori in somministrazione, i collaboratori – professionisti autonomi e i dipendenti distaccati all'estero per un periodo che va oltre la metà del riferimento annuo.

- In terzo luogo, le caratteristiche che rendono comparabili lavoratori e lavoratrici sono individuate in: - età; - categoria professionale (operai, impiegati, quadri, dirigenti); - livello di inquadramento.

- In quarto luogo, il Decreto definisce i criteri per calcolare la percentuale del divario retributivo.

In primis, l'azienda deve dividere i suoi dipendenti in gruppi omogenei in base a:

- 4 fasce d'età: - under 30; - da 30 a 39 anni; - da 40 a 49 anni; - 50 anni e oltre;

- 4 categorie socio-professionali: - operai; - impiegati; - quadri; - dirigenti;

- i livelli gerarchici come da settore merceologico di appartenenza e relativo contratto nazionale.

In subordine, vanno presi in considerazione solo gruppi con almeno 3 uomini e 3 donne.

Infine, il divario retributivo va calcolato in termini percentuali per ciascuno dei gruppi, comparando il guadagno medio delle donne a quello degli uomini.

I differenziali emersi saranno, poi, da comparare con le soglie di rilevanza date dallo stesso Decreto e da moltiplicare per il rapporto tra dimensione del gruppo e numero totale dei dipendenti.

Il risultato che si otterrà rappresenterà il valore complessivo del divario retributivo aziendale, arrotondato al primo decimale.

A questo primo indicatore strettamente legato alle retribuzioni, se ne aggiungono altri tre per le aziende da 50 a 250 dipendenti, ovvero:

a. I differenziali negli aumenti *ad personam* tra uomini e donne.

b. La percentuale di dipendenti che hanno ricevuto un aumento nell'anno successivo al rientro dal congedo di maternità.

c. Il numero dei dipendenti del sesso sottorappresentato presenti tra i 10 che nell'anno hanno percepito gli stipendi più alti.

Le aziende con più di 250 dipendenti avranno un ulteriore indicatore consistente *nello scarto nei tassi di promozione tra donne e uomini*.

La somma matematica dei punti ottenuti all'esito del calcolo dei singoli indicatori darà un punteggio finale massimo pari a 100.

Nel dettaglio, per dare meglio un'idea, relativamente a ciascun parametro si ha che:

- lo scarto delle retribuzioni *vale 40 punti massimi* se uguale allo 0%, 39 punti se superiore allo 0% ma inferiore o uguale all'1%, 38 punti se superiore all'1% ma inferiore al 2% e così via fino agli zero punti dell'azienda che ha un differenziale retributivo superiore al 20%;

- il differenziale negli aumenti individuali e nelle promozioni *vale 35 punti massimi* se inferiore o uguale al 2%; 25 punti se superiore al 2% ma inferiore o uguale al 5%; 15 punti se superiore al 5% ma inferiore al 10% e zero punti se superiore al 10%;

- la percentuale di dipendenti che hanno ricevuto un aumento nell'anno successivo al rientro dalla maternità *vale 0 15 punti se il risultato ottenuto è pari al 100% dei dipendenti oppure direttamente zero punti se non lo è* (il che equivale a dire che qui non ci sono soglie di tolleranza).

- Infine, il numero di dipendenti del sesso sottorappresentato presenti tra i 10 più pagati *vale 10 punti massimi* se ce ne sono dai 4 ai 5, 5 punti se 2 o 3 dipendenti donne sono tra i 10 maggiormente retribuiti e zero punti se non vi sono donne o ve n'è una sola.

Per le aziende sopra i 250 dipendenti (che hanno in più l'indicatore delle differenze nelle promozioni) i punteggi sono riparametrati in maniera tale che il massimo nella somma dia comunque 100.

Il punteggio minimo tollerato dalla legge è invece pari a 75/100.

Tutto quanto sotto i 75 punti è discriminazione che fa scattare l'obbligo di negoziazione di un piano di rientro con le connesse multe in caso di inadempimento.

L'Ispettorato del lavoro sarà tenuto ad avvisare la Direzione Regionale territorialmente competente della situazione di inadempienza aziendale rispetto al piano di cui sopra. L'inadempienza non va necessariamente dimostrata ma si presume avvenuta se la società ha continuato a essere sotto i 75 punti ancora nei tre anni successivi.

Dal suo canto, l'amministrazione potrà concedere eccezionalmente un altro anno di tempo di adeguamento (oltre i 3 massimi consentiti dalla legge) solo quando: 1) sono sopraggiunte gravi difficoltà economiche della Società; 2) vi è una crisi d'impresa accertata e comprovata.

Un sistema così dettagliato di rilevazione ed emersione delle situazioni

di disparità salariale uomo-donna appare convincente nella sua ideazione, specie perché sostenuto da un impianto sanzionatorio forte.

L'unica critica che potrebbe essere mossa è nella mancanza di un approccio proattivo volto a valorizzare quelle imprese che volontariamente si impegnano con certificazioni di genere o *best practice*.

3. I dati delle aziende francesi sopra i 250 dipendenti

Al momento in cui si scrive sono stati già diffusi dal Ministero del Lavoro francese e ripresi da alcune celebri testate di giornali¹³ i dati delle aziende: a) sopra i 1000 dipendenti e b) tra i 999 e i 250 dipendenti.

a) Secondo il c.d. *Dossier de Presse* diffuso il 17 settembre 2019 dal Ministero del lavoro, in Francia sono 1.240 le aziende sopra i mille dipendenti. Di esse il 99% ha assolto all'obbligo di calcolo entro il primo marzo 2019 riportando in media un punteggio di 83/100.

Tuttavia, il dato allarmante è che il 18% circa dei grandi gruppi è fuori legge avendo un punteggio sotto i 75/100 e, quindi, comportante l'obbligo di redazione e negoziazione di un piano di rientro.

Inoltre, sempre dalle comunicazioni ministeriali, è emerso che circa 1 grande gruppo su 3 non rispetta l'obbligo di aumentare i salari delle donne al rientro dal congedo di maternità quando i colleghi occupanti lo stesso posto di lavoro hanno ricevuto l'incremento.

Infine, solo il 50% delle grandi Società ha almeno una donna tra i 10 meglio pagati (a conferma di una segregazione non solo orizzontale ma anche verticale).

Esiste, quindi, una situazione che la stessa Ministra del Lavoro Muriel Pénicaud ha definito di "allerta rossa" e rispetto alla quale ha dichiarato di voler aumentare il numero di controlli e ispezioni.

Grazie alla stampa¹⁴ abbiamo i nomi dei grandi gruppi sotto i 75 punti.

Trattasi, in particolare, delle holdings: - *Alten Sir*, - *Arcelor*; - *Aubert et*

¹³ Ci si riferisce ad un articolo del quotidiano *Le Parisien* del 5 settembre 2019 redatto da BÉRANGÈRE LEPETIT e ad altro articolo del quotidiano *Le Figaro* del 4 marzo 2019 nonché al focus del magazine *on line Capital avec Management* del 17/09/2019.

¹⁴ Ed in particolare grazie ad un articolo pubblicato sul sito web della radio *France Inter* il 6 marzo 2019.

Duval; - *Ausy Groupe*; - *Bolloré Logistics*; - *Caisse d'Epargne Bretagne et Pays de la Loire*; - *Cea*; - *Cgi*; - *Crédit Agricole Val de France*; - *Darty Paris Ile de France*; - *Ernst&Young et Associés*; - *Faurecia Sièges d'Automobile*; - *Fnac Darty Participations et Services*; - *Framatome*; - *Grdf*; - *Hager*; - *Ikea*; - *Mazars*; - *Radio France*; - *Thales Services Sas*; - *Ues Bolloré*; - *Ugitech*.

Tra i nomi di banche (vedasi la *Caisse d'Epargne*) ed industrie di automobili, sorprende ritrovare nella lista nera l'*Ikea* e la *Radio France* non foss'altro che per il loro impegno pubblicitario pro lavoratrice e pro famiglia.

b) Quanto alle medio-grandi imprese per tali intendendosi quelle tra i 250 e i 999 dipendenti, si è registrata la seguente situazione.

Al primo settembre 2019 (data di termine di consegna dei loro punteggi) solo il 68% aveva rispettato la scadenza e il 16% è risultato essere sotto i 75 punti.

In particolare, in Francia le aziende tra i 250 e i 999 dipendenti sono 5.200. Di esse 1 su 5 non rispetta l'obbligo di dare un aumento alle donne rientranti dalla maternità quando gli uomini nello stesso posto l'hanno avuto. Inoltre, solo il 40% ha almeno una donna tra i 10 meglio stipendiati.

La nota media ottenuta da questa fascia imprenditoriale è stata di 82/100.

Di esse non abbiamo la *black list* ma il Ministero del Lavoro ha, al contrario, pubblicato i nomi delle migliori realtà tra cui figurano soprattutto associazioni come *l'Association d'aide aux infirmes moteurs cérébraux du nord et de l'est* (99/100); *l'Association Père le Bideau* (99/100) e *l'Association Le clos du nide de l'oise* (99/100) e centri di cura e riabilitazione come, ad esempio, *l'Union de gestion des caisses d'assurance maladie Rhone Alpes* (99/100), *le Pole santé Leonard de Vinci* (99/100), *l'Hôpital privé de Bois Bernard* (99/100), *la Sécurité Social Caf* (99/100), *l'Oeuvre de secours aux enfants* (99/100).

Nel complesso almeno 800 aziende di medio-grandi dimensioni sono risultate essere fuori legge.

Conseguentemente, il Ministero del Lavoro francese prevede circa 7.000 controlli l'anno.

Sempre da dati ministeriali, sembrerebbe che ci siano già state circa 4.200 ispezioni nel corso del primo semestre del 2019.

Le visite ispettive avrebbero avuto l'effetto di un aumento di circa 3 punti percentuali del numero di accordi aziendali sull'eguaglianza professionale (ora stimati al 30% circa sul complesso delle realtà aventi i requisiti legali per la negoziazione).

Al settembre 2019, infine, 18 imprese di più di 1000 dipendenti sono state messe in mora.

4. *A mò di conclusione. Cosa accadrà nei prossimi mesi*

Rispetto al quadro descritto nel paragrafo precedente manca un pezzo, ovvero gli adempimenti futuri a carico delle imprese di più piccole dimensioni (tra i 50 e i 249 dipendenti).

Per legge, infatti, esse hanno ottenuto un maggior lasso temporale di adeguamento alle nuove norme e, pertanto, saranno tenute a calcolare e pubblicare il loro *Index* entro il 1° marzo 2020.

Cosa succede nel frattempo.

Per agevolare la conoscenza della normativa, il Ministero del lavoro ha, anzitutto, diffuso una guida scaricabile dal sito.

Inoltre, nel *dossier de presse* del settembre 2019 la Ministra fissa due scadenze:

- *novembre 2019*: come mese durante il quale saranno organizzati degli *atelier* collettivi conoscitivi dei nuovi obblighi legali;

- *gennaio 2020*: per l'apertura di uno sportello telefonico dedicato.

Sempre a supporto delle imprese medio-piccole viene creata la figura dei cosiddetti "ambasciatori per l'eguaglianza professionale" incaricati di raccontare in seminari sparsi per la Francia le loro esperienze da titolari aziendali in termini di *best practice*.

Ovviamente ad assistere le aziende nel calcolo potranno esserci i referenti ministeriali sui territori.

In qualche maniera si mostra una maggior clemenza nei confronti di questa tipologia di destinatari perché si ammette la possibilità di dare un anno in più di adeguamento (oltre i 3 massimi consentiti) alle piccole imprese nelle quali i margini di manovra di *budget* sono oggettivamente limitati.

In ogni caso, per queste aziende sarà solo a partire dal 1° marzo 2023 che scatteranno le sanzioni fino all'1% del fatturato globale, laddove per le imprese di più di 250 dipendenti le penalità potranno essere applicate già a partire dal 1° marzo 2022.

Resta, quindi, da attendere la fine del prossimo mese di marzo per avere il quadro completo e soprattutto per iniziare a seguire il "post redazione dei piani di rientro".

Tanto al fine di valutare il successo nella pratica di questo nuovo sistema la cui innovazione, secondo il Primo Ministro Édouard Philippe, è nel passaggio “da un’obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultato”¹⁵.

¹⁵ Come da dichiarazione riportata nella guida dal titolo “*Index de l’égalité femmes-hommes*” pubblicata nel novembre 2018 dal Ministero del Lavoro francese.

Key words

Diritto antidiscriminatorio, disparità salariali uomo-donna, Francia.

Antidiscrimination Law, Gender pay inequalities, France.

Federica Saulino

Note a margine del convegno su
“La contrattazione collettiva in Europa:
una prospettiva trasversale”, CNEL 18 luglio 2019

Sommario: 1. Premessa. 2. Sulle ragioni della comparazione. 3. La contrattazione collettiva nel quadro della normativa europea. 4. I sistemi nazionali di contrattazione collettiva sotto il peso della crisi economica. 5. Alcune osservazioni sul caso italiano. 6. Il decentramento contrattuale: una falsa tendenza? 7. Conclusioni. La resilienza dei sistemi di relazioni industriali.

I. *Premessa*

Il 18 luglio 2019 è stato presentato presso la sede del CNEL il volume dal titolo “*La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*”, relativo alla ricerca sulla contrattazione collettiva in Europa in chiave comparata, condotta da un gruppo di studiosi di livello internazionale e coordinata da Jesús Cruz Villalón (Università di Siviglia)¹.

La ricerca, commissionata dalla *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* spagnola² all’inizio del 2017, si è conclusa nei primi mesi

¹ Il volume, integralmente scaricabile dal sito *web* del *Ministerio de Trabajo, Migraciones Y Seguridad Social* spagnolo, è stato curato da EDOARDO ALES, JAVIER CALVO GALLEG0, PIERRE-HENRI CIALTI, MICHAEL DOHERTY, RAFAEL GÓMEZ GORDILLO, FAUSTA GUARRIELLO, LUKASZ PISARCZYK, MARIA DO ROSARIO, PALMA RAMALHO, RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS, PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS.

² La *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* spagnola è un organo a formazione tripartita, composto dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali, dalle rappresentanze delle associazioni imprenditoriali e dall’Amministrazione centrale dello Stato. Tra le sue funzioni, la Commissione svolge anche quella di Osservatorio della negoziazione collettiva, portando avanti studi, analisi e diffusione dei dati sul fenomeno.

del 2019 e ha visto coinvolti tra i Paesi europei (anche non appartenenti alla Unione Europea), quelli i cui sistemi di relazioni industriali si considerano più influenti sulla struttura economica nazionale e quelli che per l'alto tasso di popolazione risultano più incisivi rispetto al processo normativo della UE. Questi sono la Germania, l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Spagna, il Portogallo, la Francia, la Grecia, l'Irlanda, l'Italia, la Norvegia (che fa parte dell'EFTA e del SEE), la Polonia, il Portogallo, l'Inghilterra, la Svezia.

Sotto il profilo metodologico, la ricerca è partita dalla somministrazione di un questionario ai soggetti protagonisti del sistema di contrattazione collettiva di ciascun Paese, indagando su molteplici aspetti, quali sono: la collocazione del contratto collettivo nella gerarchia delle fonti; la sua relazione con la legge e con il contratto individuale di lavoro; la struttura della contrattazione collettiva; il tasso di copertura contrattuale rispetto alla popolazione dei lavoratori dipendenti; le modalità di contrattazione; i soggetti della contrattazione e la loro legittimazione; i profili formali e sostanziali del contratto collettivo; l'efficacia del contratto collettivo; la sua vigenza e l'ultrattività; il sistema di amministrazione e interpretazione del contratto collettivo.

L'indagine sul campo ha favorito una comparazione di taglio operativo, particolarmente apprezzata al tavolo del convegno, che ha saputo evidenziare – ha dichiarato Lorenzo Zoppoli (Università Federico II di Napoli) – la presenza di una “commistione tra teorie e pratiche del quadro normativo alquanto complicata”. La ricerca, infatti, ha messo in luce la dialettica tra teoria e pratica, evidenziando quanto e fino a che punto gli interventi legislativi di riforma impattano sulla realtà.

L'elaborazione dei dati così raccolti è avvenuta attraverso un'analisi trasversale su ciascuno degli elementi di indagine, grazie alla quale è stato possibile ritrovare alcuni punti di convergenza tra i vari Paesi esaminati, nonostante, come ha spiegato Jesús Cruz Villalón, i sistemi nazionali si presentino nel complesso ognuno diverso dall'altro.

Le differenze derivano dalla varietà dei contesti politici ed economici e dalle singole tradizioni storiche e culturali dei Paesi esaminati; queste si riverberano non soltanto all'interno dello spazio normativo, ma anche nella pratica dei negoziati. Tuttavia, sulla base di alcuni parallelismi, il gruppo di ricerca ha potuto costituire dei gruppi tra Paesi, creando dei modelli.

Rinviando al testo della ricerca gli approfondimenti sugli aspetti statici e dinamici della contrattazione collettiva nei vari Stati, di seguito, si riportano

alcune note del dibattito avvenuto nella sede del CNEL sugli argomenti che hanno destato maggior interesse tra gli invitati³.

2. *Sulle ragioni della comparazione*

Tra i primi argomenti, è stato affrontato quello della funzione degli studi comparatistici. Questi sono stati considerati, specie in tema di contrattazione collettiva, molto importanti e di grande interesse non solo per gli analisti, ma anche per le parti sociali e i *policy maker*, dal momento che, come ha detto Salvo Leonardi⁴ (Fondazione Di Vittorio), “più paesi sono uniti da un unico quadro normativo, che è quello della UE, e tutti sono esposti agli effetti della globalizzazione; pertanto, essendo le sfide globali, altrettanto devono apparire le capacità di affrontarle”.

Ha affermato Leonardi che l’analisi comparatistica è propedeutica alla funzione di trasferibilità dei modelli, il cd. *legal transplant*. Questo aspetto è fondamentale, “perché ci salva da quelle traslazioni ideologiche, in virtù delle quali si amputa un modello per trasferirne una sua parte in un altro ordinamento, senza poi produrre gli effetti sperati, come è accaduto, ad esempio, per la *flexisecurity* danese”. Tuttavia, riprendendo la lezione di Otto Kahn-Freund, è stato sottolineato quanto fosse difficile nelle relazioni sindacali il *legal transplant*, considerato che i sistemi sindacali nei vari paesi mantengono i loro assetti tradizionali forgiatisi negli anni Trenta.

Lorenzo Zoppoli ha, poi, aggiunto che “le ragioni pratiche che sono alla base della comparazione riguardano non solo la politica del diritto, ma anche una necessaria competizione tra ordinamenti di carattere socio-economico”, e la ricerca condotta da Jesús Cruz Villalón ha avuto il merito di non nascondere queste ultime ragioni, anzi le ha poste in primo piano.

³ Tra gli invitati al tavolo del CNEL, presieduto da TIZIANO TREU, sono intervenuti CRISTINA ALESSI (Università di Brescia), SALVO LEONARDI (Fondazione Di Vittorio), LORENZO ZOPPOLI (Università di Napoli Federico II), MANOLA CAVALLINI (CNEL-CGIL), STEFANO FRANCHI (Federmeccanica), CLAUDIO STANZANI (Sindnova). Presenti anche, tra gli autori del volume, EDOARDO ALES (Università di Napoli Parthenope), FAUSTA GUARRIELLO (Università G. D’Annunzio Chieti - Pescara), JESÚS CRUZVILLALÓN (Università di Siviglia) Presidente della *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*.

⁴ Cfr. la ricerca comparata curata da LEONARDI, PEDERSINI, *Multiemployer bargaining under pressure. Decentralization trends in five European Countries*, ETUI, 2018.

Claudio Stanzani, riportando la propria esperienza professionale di presidente di *Sindnova*, ha evidenziato quanto il metodo comparativo sia funzionale anche per trovare una forma di “standardizzazione” (*rectius* armonizzazione) delle regole, all’interno di contesti come quelli delle multinazionali, le quali hanno interesse ad applicare una disciplina dei rapporti di lavoro uniforme in tutti gli Stati in cui operano. Tale esigenza sussiste non tanto sul piano salariale, dove le differenze esistono e vengono accettate dalle imprese – ha spiegato Stanzani – quanto su quello connesso a una serie di istituti regolativi del rapporto di lavoro, quali la gestione dei tempi di vitallavoro, le nuove modalità di esecuzione della prestazione, la qualità del lavoro, il *welfare*. In questo si ravvisa, secondo il presidente di *Sindnova*, la vera sfida di oggi del metodo comparativo.

3. *La contrattazione collettiva nel quadro della normativa europea*

La negoziazione collettiva, come noto, non rientra tra le materie oggetto del programma di armonizzazione dell’Unione Europea. L’art. 153 TFUE, infatti, prevede che in tema di informazione e consultazione dei lavoratori (di cui alla lett. *e*, par. 1), di rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché di cogestione (di cui alla lett. *f*, par. 1), la UE intervenga al solo fine di sostenere e completare l’azione degli Stati membri, escludendo “qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”. Le materie del diritto di associazione, di sciopero e di serrata sono, persino, escluse da ogni competenza dell’Unione (par. 5, art. 153, TFUE), mostrando, così, di non voler intaccare l’eterogeneità dei singoli sistemi nazionali di relazioni industriali.

A questo si aggiunge la previsione della procedura legislativa speciale all’unanimità per l’adozione degli atti normativi concernenti la rappresentanza collettiva (par. 2, art. 153, TFUE), che, di fatto, rende molto più difficile il processo di normazione in tale ambito.

Di conseguenza, non si è avuto alcun intervento di impatto (*hard law*) della normativa europea sulla contrattazione collettiva.

Nonostante questi presupposti, ha sottolineato Jesús Cruz Villalón, ci sono stati alcuni importanti condizionamenti da parte del diritto dell’Unione Europea sul diritto di negoziazione collettiva.

Si tratta di interventi normativi concernenti altri campi della politica

sociale dell’Unione, che hanno avuto un riflesso sulla contrattazione collettiva.

Il riferimento è, innanzitutto, alle direttive sui diritti di informazione e di consultazione⁵, i quali – ha ricordato al convegno Cristina Alessi (Università di Brescia) – sono stati riconosciuti in capo alle rappresentanze dei lavoratori in vicende particolari dell’impresa, quali il trasferimento d’azienda, i licenziamenti collettivi, ma anche nelle fusioni e in occasione delle offerte pubbliche di acquisto⁶. La stessa ha, poi, citato la previsione di cui al par. 1 *bis*, introdotto all’art. 1 della direttiva 96/71/CE, dalla direttiva UE 2018/957 in materia di distacco, considerandola un passo importante verso il riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva da parte del legislatore europeo. Questa stabilisce che la normativa europea non pregiudica l’esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello dell’Unione, ivi compresi il diritto di sciopero o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, né pregiudica il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi. Tale norma, oltre ad essere diretta al tentativo di riorientare la giurisprudenza europea formatasi con le note sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione Europea c/Lussemburgo*, rappresenta un esempio di implementazione del diritto di negoziazione collettiva ad opera del diritto derivato.

Il diritto di negoziazione e di azioni collettive è, invece, sancito espressamente dall’art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza). Tuttavia, si tratta di una previsione ad efficacia limitata, sia perché la Carta non amplia l’ambito di competenza delle istituzioni europee in questo campo, sia perché, come ha rappresentato Cristina Alessi, incontra un ostacolo nell’orientamento della Corte di Giustizia, secondo il quale i diritti riconosciuti dalla Carta producono effetti solo ove vi sia una

⁵ In queste materie, a differenza di quelle elencate alla lett. *f*, par. 1, art. 153 TFUE, è sufficiente una delibera a maggioranza.

⁶ Si tratta della direttiva 75/129/CEE sui licenziamenti collettivi, quale modificata dalle direttive 92/56/CEE e 98/59/CE; la direttiva 2001/23/CE sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese; la direttiva 2002/14/CE sull’informazione e la consultazione dei lavoratori; la direttiva 94/45/CE, modificata dalla direttiva 2009/38/CE, riguardante l’istituzione dei CAE; la direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto; la direttiva 2011/35 relativa alle fusioni delle società per azioni; le direttive 2001/86/CE e 2003/72/CE sullo statuto della società europea, per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; la direttiva UE 2017/1132 che si applica alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

disciplina europea di attuazione, ossia attraverso una direttiva o altro atto giuridicamente vincolante. Siffatto orientamento – ha spiegato Alessi – rischia di condannare all’ineffettività tutte le norme della Carta medesima, soprattutto laddove la UE non abbia esercitato, o almeno non del tutto, le sue competenze⁷.

L’intervento del diritto derivato è, dunque, fondamentale ai fini dell’integrazione all’interno degli ordinamenti nazionali del diritto di negoziazione collettiva riconosciuto dalla Carta. Un’occasione per poter agire in tal senso è stata rinvenuta nell’art. 14 della direttiva UE 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea, il quale prevede la possibilità per gli Stati membri di consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, concludere e applicare contratti collettivi che stabiliscano prescrizioni minime di condizioni di lavoro differenti da quelle contenute nella direttiva, nel rispetto della protezione generale dei lavoratori. La norma, seppur dettata dall’intento di rispettare l’autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro⁸, è stata giudicata da Jesús Cruz Villalón una previsione molto povera, che nulla mette in campo di quanto dichiarato dall’art. 28 della Carta.

Un altro condizionamento subito dalla contrattazione collettiva ad opera dell’intervento del diritto derivato dell’Unione, secondo i dati illustrati da Villalón, sarebbe quello di provocare, attraverso il vincolo di attuazione, una certa confluenza dei modelli nazionali di relazioni industriali verso alcune caratteristiche strutturali comuni. La ricerca ha considerato un esempio paradigmatico ciò che è accaduto nei Paesi del Nord Europa (Svezia, Danimarca), caratterizzati da un forte grado di autonomia della contrattazione collettiva nella regolamentazione dei rapporti di lavoro. I loro sistemi sarebbero stati influenzati dall’apparizione dei cc.dd. *standard* statali, frutto del recepimento di alcune direttive europee in materia di politica sociale, ai quali i contratti collettivi si sono adeguati. In questi Paesi (specialmente in Danimarca dove la norma statale era quasi inesistente nel panorama delle relazioni industriali) è stata, così, avvertita una maggiore presenza della norma eteronoma all’interno del sistema di contrattazione, attraverso la quale si è data

⁷ Sull’argomento, v. ZERMAN, *La libertà di riunione e di associazione*, in GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, 2013, p. 796; AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2017. CARINCI, PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 33.

⁸ V. *Considerando* (38) della direttiva UE 2019/1152.

attuazione alla normativa europea, con un meccanismo di trasposizione misto⁹.

Ha ricordato ancora Villalón che, sulla base delle tradizioni giuridiche di tutti gli Stati membri, il diritto di contrattazione collettiva è stato riconosciuto più volte dai giudici di Lussemburgo, con la consapevolezza che la contrattazione collettiva non rientra tra i divieti volti a garantire il diritto alla libera concorrenza commerciale. Allo stesso tempo, però, gli stessi giudici hanno ammesso alcune limitazioni al diritto di contrattazione collettiva, laddove l'accordo superasse il suo scopo essenziale. Il riferimento è al “famoso quartetto di sentenze”, citato da Cristina Alessi, nelle quali è stato affrontato il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali.

In ultima analisi, estendendo l'ambito a livello mondiale, Lorenzo Zoppoli ha riportato la grande differenza, sotto il profilo dell'applicazione del diritto internazionale, tra l'Europa e le altre potenze mondiali, come la Cina e gli USA, queste ultime meno virtuose rispetto alla prima. Tuttavia, tra le norme di rango internazionale, la Convenzione OIL n. 154/81 non sembra essere stata sufficientemente valorizzata neanche a livello europeo, in particolare – ha ricordato Lorenzo Zoppoli – per ciò che riguarda la regolamentazione del rapporto tra rappresentanze aziendali e sindacati rappresentativi a livello nazionale. Per questo motivo, è stato segnalato un rischio di marginalizzazione dei sindacati più rappresentativi nell'ambito della rappresentatività di impresa¹⁰.

4. *I sistemi nazionali di contrattazione collettiva sotto il peso della crisi economica*

Al CNEL si è molto discusso degli effetti sui sistemi nazionali di relazioni industriali della crisi economico-finanziaria che nell'ultimo decennio ha colpito duramente l'Europa¹¹.

Le evidenze della ricerca sono apparse, tuttavia, confortanti, in quanto rivelano che, nei fatti, una buona parte dei modelli nazionali abbia resistito ai colpi della crisi, mostrandosi in alcuni casi addirittura impermeabile ai

⁹ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p.26.

¹⁰ Il riferimento è alla scarsa implementazione dell'art. 3.2 della Convenzione OIL n. 154/81, il quale subordina la valorizzazione delle rappresentanze d'impresa alla salvaguardia del ruolo dei sindacati maggiormente rappresentativi. V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 25.

¹¹ Tra i molteplici contributi sul tema, v. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in

mutamenti economici e riuscendo a mantenere invariate la propria struttura e le proprie funzioni.

Jesús Cruz Villalón ha riportato che, in generale, tutti i Paesi sono stati interessati da riforme in campo normativo, le quali “sono intervenute su aspetti strutturali del sistema, pur non volendo essere, propriamente, riforme strutturali”. Queste sarebbero state dettate da esigenze congiunturali, volte al raggiungimento di scopi tipicamente economici, che, però, hanno coinvolto alcuni aspetti della contrattazione collettiva, interferendo in particolar modo sull’articolazione delle competenze tra contrattazione di livello nazionale e quella periferica e determinando in qualche caso un cambiamento definitivo del sistema.

Tuttavia, nella maggior parte dei Paesi, le alterazioni del quadro normativo non hanno avuto riscontro nella pratica negoziale, che ha continuato a svolgersi secondo le vecchie regole.

Infatti, la ricerca ha segnalato che un gran numero di modelli mostra una significativa stabilità nel tempo di alcuni elementi basilari, quali sono: i contributi sindacali; la capacità di interlocuzione del sindacato, specie nei processi di ristrutturazione aziendale; la regola dell’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi che, per i Paesi in cui essa è prevista, continua ad essere in vigore; i modelli di contrattazione centralizzata che seguitano a mantenere la loro struttura, nonostante la pressione verso il decentramento aziendale; una diffusa efficacia soggettiva all’interno delle imprese dei contratti collettivi, indipendentemente dall’affiliazione del lavoratore; la regola dell’ultratattività del contratto scaduto; la risoluzione extra-giudiziale dei conflitti interni alle parti negoziali; un ampio spazio di materie negoziabili¹².

Le modifiche normative più rilevanti, orientate anche dalle raccomandazioni dell’Unione Europea verso l’estensione del decentramento negoziale e la correlativa riduzione del ruolo dei contratti collettivi di categoria, hanno riguardato i Paesi un tempo cd. PIGS (Portogallo, Italia, Irlanda, Grecia e Spagna), sebbene con risvolti differenti.

In Italia, Irlanda, Spagna e Portogallo, le riforme non avrebbero smontato la prassi delle relazioni industriali consolidatasi da lungo tempo. In particolare, Jesús Cruz Villalón ha fatto presente che in Spagna, la spinta

DLRI, 2012; GLASSNER, KEUNE, MARGISONSON, *La contrattazione collettiva in tempo di crisi*, in DRI, 2012, p. 296.

¹² V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 20.

normativa al decentramento non ha attecchito all'interno del sistema di contrattazione collettiva, anzi si misura ancora un certo protagonismo del cd. contratto settoriale, quasi pari al 90%.

Il Portogallo è stato attaccato sulle procedure di estensione dell'*erga omnes*, ma resta pur sempre tra i Paesi con il più alto tasso di copertura contrattuale (v. *infra*).

Differente è il caso della Grecia, che insieme ai Paesi dell'Est (Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Ungheria, Lettonia, Romania, Polonia) ha subito profonde innovazioni del sistema di negoziazione collettiva. Qui, non solo, la forte spinta normativa verso l'estensione del decentramento contrattuale ha, in concreto, ridotto sempre più lo spazio riservato alla contrattazione collettiva di settore, ma il sistema è stato indebolito dalla limitazione dell'ultrattività dei contratti collettivi e dalla deroga al principio del *favor* del contratto collettivo di fronte alla legge o rispetto al contratto collettivo previgente. Tali interventi avrebbero destrutturato il sistema delle relazioni industriali, mettendo a rischio il ruolo del sindacato nel processo di riduzione delle disuguaglianze sociali in questi Paesi.

Quanto al sistema italiano, invece, Lorenzo Zoppoli ha ritenuto che l'impatto delle riforme sia stato molto più profondo rispetto alla Spagna, l'Irlanda e il Portogallo, specie quello degli ultimi provvedimenti normativi, intervenuti a modificare il rapporto tra legge e contratti collettivi e la struttura stessa della contrattazione collettiva¹³. Secondo Lorenzo Zoppoli, dunque, l'Italia non sarebbe da annoverare tra quei Paesi in cui le strutture fondamentali non sono state scalpite; anzi, negli intenti del legislatore italiano, l'obiettivo di riformare l'assetto della contrattazione collettiva era ben chiaro¹⁴. Tuttavia, si è trattato di interventi *spot*, disorganici, che hanno avuto come effetto la destrutturazione del sistema. È mancata – ha affermato Zop-

¹³ Il riferimento è agli interventi normativi di cui all'art. 8, l. 138/2011 e all'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015, con i quali il legislatore è entrato a gamba tesa nel quadro regolativo della prassi negoziale. In proposito v. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 255 ss.; PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013; ANDREONI, *I dilemmi sindacali nell'Italia del "JOBS ACT"*. *Spunti per una riflessione*, in *RGL*, 2015, p. 690 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 254/2015.

¹⁴ V. LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Atti del Convegno di studi alla Camera dei Deputati del 19 febbraio 2015*; ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, p. 857 ss.

poli – una visione di insieme, generando così, più che un fenomeno omogeneo di decentramento contrattuale, una fuga da un sistema di contrattazione articolato, per divenire sempre più un sistema disarticolato¹⁵.

Dello stesso avviso è sembrato Tiziano Treu (Presidente del CNEL), il quale ha ridimensionato l’impatto della tendenza al decentramento in Italia, laddove ha considerato che il nuovo impianto normativo predisposto dall’art. 51, d. lgs. n. 81/2015, che, in sostanza, pone sullo stesso livello i contratti collettivi nazionali e i contratti collettivi decentrati, non avrebbe scardinato il sistema. Secondo Treu, questo si presenterebbe ancora come un modello centralizzato, ma molto rigido. Per questo, al dato congiunturale reagisce in modo “schizofrenico”, con fenomeni di elusione, contratti pirata, clausole in deroga, salari e condizioni di lavoro dettati unilateralmente dalle imprese.

5. *Alcune osservazioni sul caso italiano*

La ricerca ha collocato spesso l’Italia tra i Paesi dell’area latino-mediterranea, della quale fanno parte anche la Grecia, la Spagna e il Portogallo.

Questi Paesi condividono la legittimazione costituzionale espressa del diritto di associazione sindacale, dal quale si fa derivare il riconoscimento costituzionale della negoziazione collettiva.

Si tratta di una caratteristica non generalizzata nell’ambito dei sistemi costituzionali europei¹⁶, che invece, ha visto l’Italia tra i primi a riconoscere a livello costituzionale il diritto alla contrattazione collettiva¹⁷. Tuttavia, ha ricordato Lorenzo Zoppoli, quello italiano resta l’unico ordinamento, che a distanza di settanta anni, non ha emanato le norme di attuazione del dettato costituzionale. Questa condizione comincia ad essere “imbarazzante”, perché l’impianto della contrattazione collettiva in Italia non funziona più in maniera soddisfacente, oltre a risultare ostativa rispetto all’auspicio dell’intervento del legislatore per una razionalizzazione del sistema¹⁸.

¹⁵ Sulla classificazione delle strutture della contrattazione collettiva operata dal gruppo di ricerca, v. *infra*, § 6.

¹⁶ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 81 ss.

¹⁷ Per un maggiore approfondimento, v. PERA, *voce Libertà Sindacale (dir. vig.)*, in *ED*, 1974, XXIV, p. 501 ss; GIUGNI, *Art. 39*, in *Comm. Branca, art. 35-40. Rapporti economici*, Zanichelli, 1979, p. 257 ss.

¹⁸ Così, ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva in Europa: una comparazione in vista delle riforme “strutturali”*, in *RDSS*, 2019, p. 833.

Si è già detto che l'Italia, la Grecia, la Spagna e il Portogallo sono stati tutti destinatari di un intervento mirato dell'Unione Europea sulle relazioni di lavoro, per motivi di ordine economico (v. *supra*). Negli anni della crisi, infatti, questi Paesi, insieme all'Irlanda, sono divenuti, sotto la spinta della Banca Centrale Europea e della *Troika* “un laboratorio delle politiche di austerità” – ha dichiarato al convegno Salvo Leonardi – con effetti poi riconosciuti scarsamente edificanti.

Ancora, l'Italia condivide con i Paesi dell'area latino-mediterranea l'aver vissuto “un'esperienza nefasta di fascismo e corporativismo giuridico; un pluralismo associativo di base originariamente ideologica, con prevalenza di sindacati di ispirazione comunista; costituzioni sociali definite dalla J.P. Morgan, negli anni più duri della crisi, *socialisteggianti* e tassi di conflitto industriale tra i più alti nell'Occidente” – ha spiegato Leonardi. Lo stesso ha, però, precisato, che l'Italia a differenza degli altri Paesi, si caratterizza per l'alto livello di astensionismo del legislatore, al quale si contrappone un forte volontarismo nelle relazioni industriali (che nella ricerca si è detto abbia contribuito alla resistenza del sistema rispetto ai cambiamenti economici). In particolare, l'Italia si distingue per l'assenza di salario minimo e dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, che invece accomuna il nostro sistema a quello della Svezia e della Danimarca¹⁹.

Tra gli elementi appena tracciati, l'alto tasso di conflittualità e l'astensionismo del legislatore italiano, specie rispetto all'attuazione del dettato costituzionale, sono di certo correlati²⁰. Secondo Lorenzo Zoppoli, quello del legislatore è un atteggiamento che non può più essere tollerato dal nostro sistema di relazioni industriali, che per quanto in passato abbia raggiunto grandi traguardi, oggi presenta “una fragilità tecnico-giuridica” forse unica nel panorama degli ordinamenti europei, che concorre ad alimentare il conflitto industriale²¹.

¹⁹ Svezia e Danimarca, tuttavia, si differenziano dall'Italia, in quanto la crisi non ha influito negativamente sul loro sistema di contrattazione collettiva, che si presenta ancora ben articolato, lasciando intatta la sua struttura, le sue funzioni e il protagonismo dell'autonomia collettiva nel regolamentare la prassi negoziale. Inoltre, questi Paesi presentano un tasso di sindacalizzazione molto alto, al quale non può paragonarsi quello del sistema italiano, sul quale si fondano molti dubbi, v. *infra*.

²⁰ V. MARTELLONI, *Presenza nel conflitto e rappresentatività nell'interregno del sistema sindacale*, in *LD*, 2014, p. 55 ss.

²¹ Sulla insostenibilità dell'astensionismo del legislatore in materia, v. anche DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *RIDL* 2010, p. 797 ss.

Secondo lo studio diretto da Villalón, inoltre, l'Italia sarebbe tra i Paesi che hanno un tasso di copertura contrattuale inferiore al sessanta per cento della popolazione di lavoratori dipendenti. Tra questi rientrerebbero i Paesi anglosassoni (Irlanda e Regno Unito) e, al di sotto del quaranta per cento, i Paesi dell'Europa dell'Est, con la Lituania al 15%²².

Tale dato sembrerebbe rivelare le condizioni non proprio ottimali dello stato di salute del sistema italiano. Tuttavia, la sua portata è stata molto dibattuta nel corso del convegno, poiché si tratta di un dato importante, ma da alcuni ritenuto poco approfondito.

Salvo Leonardi ha riferito che il tasso di copertura contrattuale in Italia si attesterebbe, piuttosto, intorno all'ottanta per cento. Si tratta di una percentuale generalmente nota, riportata anche dalle statiche ETUI, che però Lorenzo Zoppoli ha considerato poco convincente, fondando il dubbio che si tratti di un dato anacronistico, trasmesso "tralaticciamente" dalle organizzazioni collettive da lungo tempo. Le motivazioni che portano ad indugiare sulla piena corrispondenza alla realtà di un tasso di copertura così alto, derivano dallo scarso approfondimento sul contenuto di questo elemento. Sotto un'unica voce, infatti, si ritroverebbero i CCNL, i contratti aziendali e quelli territoriali; inoltre, non è chiaro se la copertura si riferisca solo ai minimi salariali o anche a tutti gli istituti che le imprese che applicano il contratto sono tenute a rispettare²³.

Si tratta di una rappresentazione dalle tinte fosche, da considerarsi difficilmente indicativa della qualità della copertura contrattuale in Italia.

Manola Cavallini (CNEL-CGIL), intervenuta al convegno in rappresentanza della parte sindacale, ha sintetizzato sul tema del tasso di copertura contrattuale, giudicandolo un "falso problema". La stessa ha dichiarato che i contratti collettivi di categoria stipulati da CGIL, CISL e UIL e dalle maggiori associazioni di rappresentanza datoriale sono 205 nel settore privato e coprono l'intero mondo delle professioni, inclusi, ad esempio, i *riders* che rientrerebbero nel settore trasporto e logistica. Ciò che dovrebbe destare

²² I Paesi dell'Europa continentale, invece, rientrerebbero tra quelli con il tasso di copertura più alto, superiore al 60%, con l'Austria al 95%. Si tratta di Paesi caratterizzati dal protagonismo dei contratti collettivi di settore; dall'efficacia *erga omnes* dei contratti e dalla possibilità di estensione degli accordi per intervento dello Stato. Sono elementi che adottati singolarmente o cumulativamente porterebbero al conseguimento di un alto tasso di copertura. V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 34 ss.

²³ In questi termini, ZOPPOLI, *op. cit.*

maggior preoccupazione, secondo Manola Cavallini, è, piuttosto, il fatto che questi contratti troppo spesso non vengono applicati dai datori di lavoro, mentre imperversano orari falsi, inquadramenti fasulli, finti part-time. Per non dire della proliferazione dei cd. contratti collettivi pirata²⁴, i quali rendono ancora più caotico il nostro sistema.

Sembra chiaro, dunque, che la contrattazione collettiva in Italia continui ad essere preda della sua anomia.

6. *Il decentramento contrattuale in Europa: una falsa tendenza?*

Sul piano della struttura della contrattazione collettiva, la ricerca presentata al CNEL ha suddiviso i sistemi nazionali in due modelli. Da una parte, vi sono quelli cd. articolati, all'interno dei quali il legislatore, o direttamente le parti sociali, stabiliscono le regole di riparto delle competenze tra i vari livelli negoziali (Germania, Austria, Francia, Spagna, Italia, Portogallo, Belgio, Danimarca, Finlandia, Norvegia, Svezia, Grecia, Slovenia). Dall'altra, vi sono i modelli cd. disarticolati, nei quali si consente la negoziazione di tutte le condizioni di lavoro in qualunque degli ambiti esistenti di contrattazione collettiva (Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Estonia, Ungheria, Estonia, Lettonia, Polonia, Romania). *A latere*, si collocano il Regno Unito e l'Irlanda, nei quali sistemi non vi è il bisogno di regolamentare il riparto di competenze, dal momento che la contrattazione collettiva si sviluppa in maniera esclusiva in ambito aziendale.

Tra questi, i Paesi dell'Est e quelli anglosassoni hanno sviluppato un sistema prevalentemente decentralizzato, nel quale le materie concernenti le condizioni fondamentali del rapporto di lavoro vengono affidate alla competenza della contrattazione aziendale; mentre l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Finlandia, la Francia, la Germania, l'Italia, l'Olanda, il Portogallo, la Slovacchia, la Spagna, la Svezia presentano un sistema principalmente centralizzato, nel quale le stesse materie sono negoziate a livello intersettoriale o settoriale.

²⁴ Secondo il rapporto CNEL di giugno 2019, risultano 885 CCNL vigenti, molti dei quali sono contratti stipulati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da associazioni imprenditoriali compiacenti, finalizzati a costituire un'alternativa al ribasso rispetto al CCNL del medesimo settore, con un evidente ridimensionamento delle tutele dei lavoratori coinvolti.

Questa classificazione – ha precisato Jesús CruzVillalón – dipende dalla struttura reale della contrattazione collettiva, che non sempre corrisponde al modello strutturale rappresentato dalla norma giuridica. Tanto è vero che, anche negli Stati dove predomina la centralizzazione delle competenze, esiste la possibilità di stipulare contratti collettivi aziendali (Germania), talvolta anche su impulso della norma legale (Spagna; Italia); allo stesso modo, nei Paesi collocati all'interno del modello decentralizzato, la legge consente la negoziazione di contratti collettivi settoriali.

Per questo motivo, la ricerca ha adottato un ulteriore livello di classificazione dei modelli, individuando quelli di centralizzazione materiale e decentralizzazione legale e quelli di centralizzazione legale e decentralizzazione materiale²⁵.

Un panorama contrattuale così variegato e complesso dal punto di vista strutturale ha spinto a considerare che il fenomeno del decentramento collettivo, quale risvolto negativo della crisi economica sulle relazioni industriali, debba essere relativizzato.

La spinta alla cd. aziendalizzazione contrattuale, a discapito della contrattazione collettiva di settore, non si configura come una tendenza univoca, a dispetto di ciò che si è pensato negli ultimi anni.

Di certo non può escludersi che un tale impulso sia stato presente all'interno dei documenti europei di *governance* economica, come le raccomandazioni e altri atti meno formali, come la famosa lettera della BCE del 5 agosto 2011, richiamati da Cristina Alessi.

Tuttavia, l'effetto propulsivo è stato differente, a seconda delle caratteristiche del sistema che ne è stato investito. Questo perché, stando ai risultati dello studio comparato, l'intervento del potere pubblico ha attecchito in maniera diversa, in dipendenza della capacità di tenuta dell'autonomia collettiva e della natura del tessuto imprenditoriale sul quale insiste la contrattazione collettiva²⁶.

²⁵ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 138 ss.

²⁶ Il fenomeno del decentramento contrattuale è stato tra i temi al centro del dibattito tenutosi in occasione del ISLSSL XXII *World Congress* Torino 2018, dedicato al tema delle trasformazioni e delle nuove sfide dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e sicurezza sociale. In questa occasione, il gruppo di ricerca coordinato da T. Araki (Tokyo) e S. Laloum (Marsiglia) su “*Organization productivity wellbeing at work*” ha affermato come le trasformazioni in atto nel mondo del lavoro e dell'impresa abbiano esercitato forti pressioni a decentrare la contrattazione collettiva. Il fenomeno avrebbe, appunto, colpito maggiormente i paesi europei che tradizio-

In Spagna, ad esempio, dove il tessuto imprenditoriale è formato per la maggioranza da piccole e medie imprese – ha spiegato Jesús Cruz Villalón – la riforma della contrattazione collettiva del 2012 a favore della contrattazione aziendale²⁷ non ha prodotto i risultati sperati. Da un'inchiesta promossa all'indomani della sua entrata in vigore, infatti, è risultato che la stragrande maggioranza delle imprese continua ad applicare il contratto di settore: il 73% ha risposto perché più conveniente; il 15% ha risposto che nelle loro imprese mancano organismi di rappresentanza aziendale; tra gli altri, alcuni imprenditori hanno risposto che non sostengono la costituzione di rappresentanze sindacali a livello dell'azienda; alcuni, persino, che non conoscono i metodi di negoziazione aziendale.

In Italia, il fenomeno è più complesso, perché, come ha sottolineato anche Manola Cavallini, la diffusione della contrattazione collettiva decentrata in Italia, più che scarsa, risulta marcatamente disomogenea. Al Nord vi è un alto tasso di contratti collettivi aziendali adottati anche da PMI al di sotto dei 50 dipendenti, che hanno, così, usufruito delle politiche di decontribuzione e defiscalizzazione formulate negli ultimi anni quali incentivo al decentramento. Lo stesso non è accaduto nel Sud del Paese, dove la contrattazione aziendale ancora stenta a decollare, oltre che per la scarsa presenza di grandi complessi industriali, per la poca conoscenza delle prassi negoziali aziendali. Inoltre, ha riferito Manola Cavallini, importanti differenze di copertura contrattuale esistono anche tra i diversi settori professionali. Infatti, tra gli altri, il settore edilizio e quello agricolo presentano un alto tasso di copertura, che raggiunge quasi il 100% della popolazione di lavoratori, indipendentemente dal territorio di insediamento dell'unità produttiva.

L'eterogeneità con la quale si è diffusa la contrattazione di secondo livello in Italia è emersa anche dall'analisi di Cristina Alessi, la quale studiando il sistema dall'Osservatorio bresciano sulla contrattazione collettiva, che guarda un territorio altamente industrializzato, ha fatto presente che c'è stato un ampliamento dello spazio di deroga da parte della contrattazione collettiva

nalmente presentano un assetto contrattuale centralizzato, all'interno dei quali le riforme legislative avrebbero incoraggiato il processo di decentramento contrattuale. Già in questa occasione era stato avvertito come tali interventi abbiano impattato diversamente sui singoli sistemi, anche in dipendenza della capacità di controllo delle organizzazioni sindacali. I contributi del gruppo di ricerca sono scaricabili dal sito <http://www.islsltorino2018.org/it/papers-2/>.

²⁷ Si tratta del *Real decreto-ley* n. 3/2012 del 10 febbraio 2012, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro.

cd. di prossimità, oltre le classiche materie relative alle ristrutturazioni e riorganizzazione aziendali²⁸. Questo fenomeno – ha aggiunto Cristina Alessi, in accordo con quanto espresso da Lorenzo Zoppoli e Tiziano Treu (v. *supra*) – sarebbe stato favorito dagli interventi legislativi, di cui all’art. 8 della l. n. 138/2011 e all’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che hanno inciso sull’assetto delle fonti del diritto del lavoro e portano, oggi, ad interrogarsi se il contratto collettivo rappresenti ancora una fonte normativa di livello nazionale o sia diventato uno strumento di gestione dell’organizzazione aziendale²⁹. In questi casi, tuttavia, la stessa ha specificato che, oltre alla spinta legislativa, è stato determinante l’atteggiamento della contrattazione nazionale, la quale ha lasciato spazio di intervento alla contrattazione decentrata.

Secondo Salvo Leonardi, il fenomeno della contrattazione decentrata andrebbe ridimensionato, in quanto non sarebbe decollato in nessuno dei Paesi a struttura originariamente centralizzata. Egli ha riferito di percentuali di copertura della contrattazione aziendale molto basse in Italia, dovute al fatto che diverse aziende non sarebbero sindacalizzate e dando merito alle organizzazioni sindacali di aver tentato di arginare la tendenza alla cd. balcanizzazione delle tutele. Oggi, la maggiore minaccia non deriverebbe, secondo Leonardi, dalla cd. aziendalizzazione della contrattazione collettiva, ma dagli oltre 800 contratti nazionali che fanno *dumping* nella parte alta del sistema.

In Spagna, ci sarebbe stato addirittura un calo della contrattazione decentrata dal 2013, dovuto, secondo Leonardi, anche all’offerta da parte delle ultime riforme legislative di diversi strumenti di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, che probabilmente hanno reso i contratti aziendali in deroga meno attraenti per le imprese.

Dal dibattito è emerso anche l’aspetto “virtuoso” della contrattazione aziendale, almeno di quella praticata dall’associazione datoriale di Federmeccanica, presente al tavolo del convegno. Si tratta della previsione a livello aziendale di aumenti della retribuzione connessi alla produttività, dell’introduzione delle 24 ore di diritto soggettivo alla formazione, dell’iscrizione obbligatoria al fondo di assistenza sanitaria integrativo “Metasalute”, della diffusione dello *smart working*. Con questi interventi, ha fatto sapere Federmeccanica, le imprese affiliate hanno deciso di investire sulla produttività del

²⁸ V. in proposito, CAPELLI, MARINO, *Contrattazione collettiva decentrata e democrazia industriale in Lombardia*, *EL*, 2014, p. 97 ss.

²⁹ V. anche NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, *DLRI*, 2012, p. 467 ss.

lavoro, sullo sviluppo del *welfare* aziendale, sulla formazione continua e sulla conciliazione dei tempi di vita-lavoro, mettendo al centro il benessere dei lavoratori. Tuttavia, anche in questo caso, si tratta di contratti aziendali sviluppatasi quasi unicamente nel Nord dell’Italia.

7. Conclusioni. La resilienza dei sistemi di relazioni industriali

Al termine di tutte le considerazioni fatte sulle alterazioni connesse al dato congiunturale, ci si è chiesti se la contrattazione collettiva in Europa si trovi ad attraversare un momento “epocale”, nel quale il ruolo delle parti sociali sarà sempre più relegato ad una funzione residuale, ovvero, se la stessa viva una fase di transizione “post-austerità”, considerato che le stesse autorità europee hanno ammesso che troppa disuguaglianza nuoce anche all’economia.

Secondo il gruppo di ricerca coordinato da Jesús Cruz Villalón, i sistemi nazionali avrebbero mostrato una certa resilienza, attestata da una serie di indicatori che rilevarebbero, nonostante l’avvento della crisi economica, una costanza più che una brusca rottura con gli assetti tradizionali.

La contrattazione collettiva in Europa sarebbe in una fase evolutiva, laddove il suo sviluppo è strettamente connesso ai cambiamenti economici, tecnologici e organizzativi che continueranno ad aversi nei prossimi anni.

In particolare, la ricerca ha fatto emergere la necessità di un riorientamento da parte della contrattazione collettiva in favore di nuove funzioni socio-economiche, oltre quelle classiche consistenti nella tutela dei diritti del lavoratore, di lotta al *dumping*, di mezzo di pace sociale. Si tratta di saper adeguare il suo ruolo al cambiamento economico, alla distribuzione dei sacrifici in situazioni di crisi aziendali, alla gestione della segmentazione lavorativa, specie nel senso di contrastarla.

Le nuove funzioni dovrebbero integrarsi con quelle tradizionali, attraverso un riequilibrio degli interessi, che viva di un nuovo attivismo del sindacato, magari sostenuto dall’intervento del legislatore, altrimenti – ha affermato Jesús Cruz Villalón – finirà per svuotare completamente il suo ruolo all’interno del nuovo contesto economico.

Anche Cristina Alessi ha fatto una riflessione sull’opportunità dei contratti collettivi di adeguare i loro contenuti ai cambiamenti indotti dalla politica economica, dalla quale sono derivati effetti purtroppo negativi, specie

sui salari, generando il fenomeno dei cd. *working poor*. Tra questi, molti appartengono alle categorie dei parasubordinati e autonomi, all'interno delle quali crescono i nuovi lavori (quelli cd. a domanda, quelli della *GIG economy*). Tutto ciò ha determinato la necessità di una maggiore rappresentanza del lavoro autonomo, alla quale la contrattazione collettiva deve assolutamente rispondere³⁰.

Un altro tema sul quale dovrebbe convergere la contrattazione collettiva, non particolarmente innovativo, ma ritenuto strategico da Manola Cavallini, è quello della partecipazione³¹. Un istituto che il legislatore dovrebbe incentivare per favorire l'informazione sulle scelte aziendali e l'interazione tra i lavoratori e/o le loro rappresentanze con la direzione, sulle più svariate tematiche (tra le quali sono state citate anche la *diversity* e l'invecchiamento attivo), al fine di migliorare le relazioni industriali.

La risposta alle nuove istanze socio-economiche che si stagliano nel panorama europeo delle relazioni industriali realizzerà una nuova convergenza funzionale della contrattazione collettiva, rispetto alla quale, risulterà fondamentale il sostegno del legislatore che, come ha ribadito Lorenzo Zoppoli, svolge un ruolo essenziale di composizione degli interessi privati nei vari ordinamenti nazionali, anche grazie alla realizzazione di una più equilibrata rappresentanza.

³⁰ V. *amplius*, FABRIZI, EVANGELISTA, *L'instabilità dei nuovi lavori: un'analisi dei percorsi lavorativi*, in *EL*, 2010, p. 25 ss.; MEREU, FRANCESCHETTI, *Rappresentare il lavoro che cambia. Una lettura per competenze e fabbisogni*, in *Sociologia del lavoro*, 2013, p. 63 ss.

³¹ Sul punto, v. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in questa rivista, 2014, p. 302.

Key words

Contrattazione collettiva, crisi economica, decentramento.

Collective bargaining, economic crisis, Decentralisation.

Sara Benvenuti

Le arti e la dimensione giuridica.

Riflessioni a conclusione del Convegno

svoltosi a Palazzo Incontri, Firenze, giovedì 30 maggio 2019

Sommario: **1.** Le ragioni del convegno. **2.** Rappresentare la dimensione giuridica. Il contributo delle arti figurative. **3.** Interpretare il diritto a partire da letteratura, musica e teatro. **4.** Raccontare la dimensione umana e dare forma all'ingiusto. Narrativa e immaginazione del diritto. **5.** Il diritto: arte o scienza? Note conclusive di Maria Rosaria Ferrarese.

1. *Le ragioni del convegno*

“Cosa c’entrano le arti con la dimensione giuridica?” È con questo interrogativo che il Rettore dell’Università di Firenze, Luigi Dei, apre i lavori del Convegno “Le arti e la dimensione giuridica”, organizzato a Palazzo Incontri, a Firenze, il 30 maggio 2019, dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri con il patrocinio dell’Università di Firenze.

La risposta è affidata alle parole del grande restauratore belga Paul Philippot, secondo il quale “il restauratore deve rimediare, nel limite del possibile, al divorzio fatale fra la materia che invecchia e la forma che incarna”. Diritto, giustizia, informazione giudiziaria – ricorda Dei – conferiscono forma al vero, perseguono, seguendo cammini diversificati, il comune e identico valore della verità. Quest’ultima, tuttavia, pur se univoca, presenta sfaccettature plurime e, come per l’osservatore del *Ratto delle sabine* del Giambologna che gira intorno all’opera per coglierne tutte le possibili sfumature prospettiche, la ricerca della verità impone al giurista di assumere molteplici punti di visuale, compreso quello dell’arte.

Del resto, può il diritto essere considerato un prodotto artistico? È il diritto esso stesso “arte”? Si domanda Patrizia Giunti, Direttrice del Dipar-

timento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze. Erano gli anni '50 del secolo scorso, si coglievano ormai chiaramente i limiti del riduzionismo positivisticò, e Francesco Carnelutti, nel suo saggio *L'arte del diritto*, già richiamava le categorie della fantasia, dell'armonia, dell'intuizione. Il giurista, per essere scienziato in senso pieno, deve essere uomo e scienziato insieme, e per questo arricchire il proprio strumentario di competenze ulteriori che guardino all'estro creativo, abbiano capacità di ascolto, sensibilità ed empatia verso la vita in tutte le sue forme.

La "fantasia del giurista" – sottolinea Paolo Cappellini, ricordando un saggio di Paolo Grossi e portando i saluti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno – è rimasta fin troppo latente nel suo lavoro, ma è presente e si sostanzia in quella dimensione propriamente creativa che assai spesso gli appartiene. Il discorso sul binomio arte e attività del giurista coinvolge, inoltre, un aspetto più profondo, che attiene al rapporto fra natura e artificialità, fra la dimensione umana (finanche biologica) dell'umanità e la dimensione artificiale del diritto e dello Stato.

Diviene imprescindibile, insomma, guardare oltre il confine scientifico dello spazio giuridico, osservare la complessità del reale, calarsi nelle diverse relazioni che lo contraddistinguono, fra ciò che è rimasto per troppo tempo distante e non facilmente comunicante. In questo, ribadisce Paola Lucarelli, Presidentessa della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, l'arte può farsi veicolo di conoscenza, strumento di sensibilizzazione del diritto e specchio della sua dimensione sociale. L'arte consente di guardare la persona nella sua componente emotiva, oltreché razionale, contribuendo in tal modo al radicamento di una cultura giuridica che accolga strumenti, percorsi e valori rivolti alla piena e completa esplicazione della personalità.

Iniziative come questa su "Le arti e la dimensione giuridica" rispondono a molteplici funzioni che – ricorda il Presidente della Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Giuseppe Morbidelli, – sono innanzi tutto informative per la società circa la ricchezza del diritto e il suo legarsi alle espressioni di maggior rilievo della nostra cultura. Le interazioni tra aspetti giuridici e aspetti artistici sono inoltre continue nella storia, assumono molto spesso significati pratici e operativi, talvolta persino conflittuali.

L'importanza del dibattito su simili temi è testimoniata dal fatto che il convegno in questione costituisce il terzo di una trilogia che, come ci spiega il suo principale ideatore, Orlando Roselli, potrebbe intitolarsi "Strumenti

per la comprensione delle società contemporanee e le trasformazioni della dimensione giuridica”.

Un primo convegno, tenutosi nel luglio del 2017, ha inteso avviare una riflessione circa il contributo della cultura giuridica e della grande letteratura alla costruzione del progetto e dell'identità europei nel tempo presente di crisi dei circuiti politici. Gli esiti di quel dibattito sono stati pubblicati nel 2018 nel volume *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, curato dallo stesso Roselli e presentato nel corso della giornata di cui siamo a commentare gli atti. È poi seguita, nel novembre 2018, una seconda iniziativa dedicata al tema “Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia”. Infine, potrebbe essere ricompresa nel più ampio filone di analisi delle trasformazioni degli ordinamenti giuridici contemporanei una quarta iniziativa, organizzata a Firenze il 30 maggio 2012 e avente ad oggetto il tema “Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale”, i cui atti sono stati pubblicati nel 2013.

Il convegno su “Le arti e la dimensione giuridica” ha inteso contribuire al progredire della riflessione, allargando la visuale del diritto dalla letteratura e il cinema, alle arti figurative, alla musica e al teatro. “Non si tratta di rincorrere un generico, inconcludente, astratto eclettismo”, precisa Roselli. Il giurista è interprete della realtà sociale in cui è immerso e non può prescindere da essa; una realtà che cambia e si trasforma “con una rapidità geometricamente progressiva”, che chiede al diritto risposte adeguate, imponendo, per questo, la continua interazione con altri saperi capaci di cogliere le mutevoli espressioni umane.

2. *Rappresentare la dimensione giuridica. Il contributo delle arti figurative*

Le arti figurative possono contribuire alla costruzione di senso dell'attività giuridica, ci ricorda Anna Maria Campanale nella sua relazione *Le arti figurative e la rappresentazione della dimensione giuridica*. “Le immagini sono coinvolte in relazioni sociali, intervengono ad attivare, partecipano, come condizione necessaria, al pari delle parole, alla decomposizione e ricomposizione di un universo di senso sociale. Questo senso sociale è anche senso giuridico”.

Per lungo tempo la scienza giuridica ha sospinto il diritto sulla strada della parola, avvalorando la pretesa di questa di farsi unica ragione in grado di esprimere il diritto e offuscando l'immagine nella sua capacità di "dire" la realtà. Ne è conseguita una divaricazione tra il *logos*, la parola, che ordina, organizza e regola, e l'*eikon*, l'immagine, che invece è affine alla sensazione e all'intuizione.

In realtà, diceva Debray e riprende Campanale, "l'immagine è l'infanzia del segno"; è un *prìus* cronologico, se non logico e ontologico, rispetto alla parola; e "mentre il *logos* percorreva i lunghi corridoi del sintattico, nella logica lineare delle parole, quindi una unica strada possibile, la ragione iconica occupava gli spazi aperti della logica multidimensionale delle immagini, portatrice di una propria normatività, extralegale forse, ma non per questo meno giuridica".

L'immagine porta in sé una sua razionalità, una sua ragione "iconica", che ha attraversato la storia dell'esperienza dell'uomo. Quest'ultimo, ad esempio, ha rappresentato l'essenza del diritto, la giustizia, attraverso una figura femminile, la quale, corredata di simboli (prima la bilancia, poi la spada e la benda), ha abitato strade, piazze e spazi pubblici in generale, esplicando funzioni molteplici, non meramente decorative ma costitutive di senso giuridico. Tra queste, Anna Maria Campanale evidenzia innanzi tutto la funzione "ideologica" dell'utilizzo delle immagini: la rappresentazione della giustizia è per il potere una leva egemonica, uno strumento per autolegittimarsi nella società in modo laico, dopo aver rinunciato ad una giustificazione di carattere metafisico e religioso. Un esempio sono le c.d. "fontane della giustizia" diffuse soprattutto nelle piazze del Nord Europa; modello, tra queste, la fontana di Berna di H. Gierg del 1543.

La "politica delle fontane" – come è stata denominata – evidenzia anche una diversa funzione, che Campanale definisce "didattico-pedagogica": essa si rivolge all'uomo comune e mostra una giustizia sopraelevata rispetto al potere, che scende tra gli uomini, ponendosi quale commutatore tra il cielo e la terra, tra l'uomo e la divinità.

Storicamente, poi, e più precisamente nell'arco temporale che va dalla fine del 1400 e per tutto il 1500, le raffigurazioni della giustizia hanno avuto come destinatari gli stessi giudici. Collocate all'interno delle sale e nei luoghi in cui veniva amministrata la giustizia, esse fungevano da indirizzo dell'attività giudiziaria secondo i valori della incorruttibilità, della imparzialità, del rispetto della legge e dell'eguaglianza di trattamento. Erano tre i principali

temi iconografici: quello religioso (ad esempio ne *Il giudizio di Salomone*, Raffaello Sanzio, 1508), quello laico (ad esempio ne *La calunnia di Apelle*, Albrecht Dürer, 1521, e ne *Il giudizio di Cambise*, Gerard David, 1498), infine quello espresso dalla c.d. pittura infamante.

Nell'Italia comunale, dalla seconda metà del XIII alla prima metà del XV secolo, le pene infamanti, già esistenti, vennero tradotte in immagine: soggetti colpevoli di frode finanziaria, di falso, di omicidio, ecc., venivano ritratti corredati di simboli (ad esempio la borsa al collo) che evocavano il tradimento della fiducia sociale, e collocati in luoghi pubblici, al fine non soltanto di ledere la loro rispettabilità e onorabilità, ma di sottoporli a determinate conseguenze giuridiche. Due cicli pittorici di questo tipo sono rinvenibili, il primo, nel Palazzo Broletto di Brescia (*I cavalieri incatenati*, 1280), il secondo, nel Palazzo della Ragione di Mantova.

Nel tempo, la partecipazione delle arti figurative alla vita del diritto è andata pian piano scemando, fino a perdere nella nostra contemporaneità qualsiasi funzione o ruolo.

Nel 1654, nel *Paesaggio con la pace che abbraccia la giustizia*, Laurent de la Hyre mostra già una diversa idea di giustizia. Nella raffigurazione, una figura femminile ha ai suoi piedi i simboli della guerra, mentre a destra la giustizia, che le cinge il collo, non brandisce più la spada (la punta è rivolta verso il basso) e non tiene più in equilibrio la bilancia. È una giustizia pacificatrice – conclude Anna Maria Campanale – che guarda oltre quella stretta reciprocità del diritto che la scienza giuridica ha portato come unico cardine possibile dell'esperienza giuridica.

3. Interpretare il diritto a partire da letteratura, musica e teatro

Il contributo della letteratura alla comprensione del fenomeno giuridico e alla formazione del giurista è evidenziato soprattutto da quel movimento culturale che prende il nome di *Law and Literature Movement* e ha origine negli Stati Uniti nei primi decenni del Novecento.

Nel clima americano di “rivolta contro il formalismo” (Morton White, 1956) e di affermazione del realismo giuridico, le prime battute di questo movimento si legano a due nomi e a due opere in particolare.

Il primo nome è quello di John Wigmore il quale, nel 1908, pubblica *A List of Legal Novels*, un catalogo di romanzi, essenzialmente di narrativa mo-

derna anglosassone, nei quali emerge la trattazione di tematiche giuridiche. La lista risponde all'idea di offrire al giurista uno strumento utile alla sua formazione e cultura, finalizzato a contemperare, nell'esercizio della professione legale, il tecnicismo del diritto con le esigenze di giustizia sostanziale presenti nella società e riflesse nella letteratura.

Il secondo nome è quello di Benjamin Nathan Cardozo, giudice prima presso la Corte d'appello di New York e poi presso la Corte Suprema degli Stati Uniti. Nel saggio *Law and Literature*, pubblicato nel 1925, Cardozo esamina le qualità letterarie del diritto, prospettando la possibilità di interpretare la sentenza del giudice estendendo i metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico.

Dal pensiero e dalle opere di Wigmore e Cardozo scaturiscono principalmente due filoni di analisi: il diritto "nella" letteratura (*Law in Literature*) e il diritto "come" letteratura (*Law as Literature*).

Sin dalle origini del movimento, con riguardo essenzialmente (anche se non esclusivamente) all'interpretazione del diritto, viene evidenziato anche il contributo della musica alla comprensione della dimensione giuridica. In proposito, Carla Faralli, nella sua relazione *Musica e diritto: percepire l'esigenza di armonia*, riprende gli studi di Jerome Frank, uno dei maggiori esponenti del realismo americano. Quest'ultimo affronta il tema del diritto e musica soprattutto in due saggi della fine degli anni '40 del secolo scorso: *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation* (1947) e *Say It With Music* (1948). L'idea di una simile riflessione gli è suggerita dalla lettura dello scritto *The Composer and the Interpreter* (1944) del direttore d'orchestra e musicologo austriaco Ernest Krenek, emigrato negli Stati Uniti dopo l'avvento del nazionalsocialismo.

Frank ravvede nell'attività interpretativa una forma d'arte e riconosce nella funzione del giudice il medesimo ruolo affidato all'esecutore di una composizione musicale. Infatti, come l'esecuzione di una partitura di musica non può mai essere meccanica o rendere in modo autentico le intenzioni del compositore, così l'applicazione delle regole giuridiche (siano esse leggi o precedenti giurisprudenziali) da parte del giudice impone un'attività interpretativa di tipo creativo, i cui esiti possono variare sensibilmente a seconda delle valutazioni effettuate nel corso del processo.

La musica non esiste fino a quando non è suonata e il compositore non può controllare completamente l'esecutore: è rispetto ad esso "un osservatore passivo". Il giudice ha addirittura più margine operativo, non limitandosi alla

lettura di uno spartito, bensì potendosi addentrare nella valutazione dei fatti. Nel corso di un processo, testimoni diversi possono riferire il medesimo fatto in altrettanti e persino confliggenti modi, lasciando ai giudici la difficile composizione di una “canzone particolare” in cui le norme sono la musica e i fatti sono le parole. Come per la musica, conclude Faralli, i diversi elementi di un giudizio devono fondersi in un insieme armonico, la cui unicità deriva proprio dalla lettura e interpretazione dei fatti.

Negli stessi anni in cui il movimento *Law and Literature* si diffondeva negli Stati Uniti e fiorivano parallelamente ad esso riflessioni sui temi del diritto e musica, il dibattito italiano, ben lontano per tradizione e cultura giuridica, ne subiva comunque importanti influenze negli studi, ad esempio, di Brunello, Cogliolo, Ascoli, Levi, Calamandrei, Pergolesi e Carnelutti.

Il raffronto tra musica e diritto interessò soprattutto Salvatore Pugliatti e Emilio Betti, i quali presero parte ad una discussione sulla natura dell’interpretazione giuridica, a partire da un’indagine sull’interpretazione musicale condotta da un famoso musicologo, Guido Gatti, e pubblicata sulla Rassegna musicale del 1930.

Salvatore Pugliatti, che – ricorda Faralli – fu per un trentennio anche titolare di una cattedra di Storia della musica, nel suo saggio *L’interpretazione musicale*, evidenziò importanti aspetti di somiglianza tra i due tipi di interpretazione, rilevando che, anche in ambito musicale, “i segni del testo possono essere solo un veicolo attraverso il quale l’interprete può pervenire alla piena intelligenza dell’idea che mosse il compositore. L’interprete, poi, se vuole rievocare o ricreare l’opera del compositore o di qualsiasi altro artista, deve trovare quell’unica e inedita parola che esprime il mondo dei propri sentimenti, del quale è entrata a far parte anche l’opera da interpretare, divenuta anch’essa un momento della sua esperienza. L’interprete non è mero esecutore di un’opera altrui ma è protagonista nel processo di creazione dell’opera artistica”. Se così è, riprende Faralli a conclusione, nel mondo della musica si pongono problemi ed esigenze analoghe a quelle poste dall’interpretazione giuridica: “da un lato la richiesta di fedeltà al testo, che andrebbe verso un’interpretazione letterale, dall’altro l’attenzione dell’interprete a partecipare alla realizzazione di un progetto normativo”.

Diversamente, per Emilio Betti che, come noto, nella sua opera monumentale *Teoria generale dell’interpretazione* fu fautore dell’idea di oggettività del significato della norma giuridica, “l’obiettivo dell’interprete è farsi tutt’uno con l’autore dell’opera”. L’interprete musicale si pone come interme-

diario tra l'opera d'arte e il pubblico e ha la funzione di “trasmettere all'ascoltatore l'originaria intuizione artistica del compositore”, cercando a tal fine la “perfetta sintesi armonica-dialettica tra il momento creativo del compositore e il momento ri-creativo dell'interprete”.

Gli sviluppi più recenti del movimento diritto e musica – ricondotto ormai negli Stati Uniti nel più ampio *Law and Humanities Movement* – hanno conosciuto diverse declinazioni e manifestato un crescente interesse anche per gli aspetti del diritto “nella” musica. Oltre all'importante filone *Law and Opera* (oggetto, in Italia, di una recente pubblicazione collettanea curata da F. Annunziata e F. Colombo, suddivisa in tre sezioni: *Law in Opera*, *Law as Opera* e *Law around Opera*), alcuni studi dell'ultimo decennio hanno preso in esame i più svariati generi musicali – dal rock, al pop, al rap e alla musica di protesta – al fine di evidenziare in essi rappresentazioni e significati giuridici. Ad esempio, sono state oggetto di analisi le canzoni, negli Stati Uniti, di Bob Dylan e Bruce Springsteen, in Italia, di De André e Gaber. Ancora diverso il caso degli inni nazionali, oggetto di attenzione, in Italia, soprattutto da parte di Giorgio Resta.

Carla Faralli conclude la sua relazione osservando come, a differenza di quanto non avvenga per diritto e letteratura, da sempre di interesse per i letterati oltre che per i giuristi, il rapporto tra musica e diritto sia stato fino ad oggi oggetto di scarsissima attenzione da parte dei musicisti. Ricorda un'unica eccezione, seppur di elevato livello: il recente dialogo sull'interpretazione tra Mario Brunello e Gustavo Zagrebelsky, pubblicato nel 2017 con il titolo *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*.

La ripartizione diritto “nel” e diritto “come” si ripropone anche con riguardo al teatro. Lo sottolinea Alberto Vespaziani in apertura alla sua presentazione *Quando il teatro mette in scena il diritto*.

Il teatro pone in luce assai spesso elementi del diritto, divenendo per questo oggetto di analisi giuridica. Basti pensare a Shakespeare e ai numerosi studi che lo hanno riguardato. In tal senso, ricorda Vespaziani, “le opere teatrali possono veicolare contenuti e forme di vita del diritto in un modo più profondo e radicato di quanto possano fare leggi, sentenze o trattati dottrinali”.

Al contempo, il diritto può essere esso stesso osservato nella sua teatralità. Cosa c'è in fondo di più teatrale di un processo penale? Teatro e diritto condividono il concetto di rappresentazione, l'aspetto performativo, e Vespaziani ne offre al pubblico un assaggio, recitando un frammento tratto da *Lo Cunto de li Cunti* di Giambattista Basile.

Il racconto si rivolge ai bambini, descrivendo un mondo fiabesco che, diversamente dalla letteratura realista, offre finali ottimistici in cui trionfano giustizia e verità. Le fiabe del *Lo Cunto*, spiega Vespaziani, “permettono una lettura in controluce dei valori dominanti nell’Italia meridionale del XVII secolo e, nello stesso tempo, delle dinamiche eterne della giustizia e del potere, della politica e del diritto”. In particolare, nel *Trattenimento sesto della Iornata Quarta*, intitolato *Le Tre Corone*, recitato da Vespaziani, si affrontano i temi della sovranità e della continuità dello Stato, della tensione costante tra menzogna politica e verità giuridica, tra elemento maschile del controllo e elemento femminile della riproduzione. Emergono, inoltre, svariati elementi connessi ai temi della successione dinastica, della punizione e del diritto di difesa.

4. *Raccontare la dimensione umana e dare forma all’ingiusto. Narrativa e immaginazione del diritto*

La narrazione della dimensione umana, per il tramite della sensibilità artistica, contribuisce alla comprensione della dimensione giuridica. Lo dimostra Maria Paola Mittica nella sua relazione *Letteratura, cinema e diritto: narrare la dimensione umana per comprendere la dimensione giuridica*, a partire da un brano tratto dall’opera di Robert Musil, *L’uomo senza qualità* (tr. di A. Rho, Torino, Einaudi, 1972, Vol. I, pp. 629-630).

Musil racconta della dimensione umana, evidenziando la necessità per l’uomo di ordinare narrativamente la propria esistenza. “Quasi tutti gli uomini sono dei narratori”, osserva. La narrazione serve agli uomini per dare un senso compiuto alla propria esistenza, per ordinare la propria esperienza. Quel che tranquillizza è “quell’ordine normale che consiste nel poter dire: ‘dopo che fu successo questo accadde quest’altro’”; “è la successione semplice, il ridurre a una dimensione, come direbbe un matematico, l’opprimente varietà della vita”; “infilare un filo, quel famoso filo del racconto di cui è fatto anche il filo della vita, attraverso tutto ciò che è avvenuto nel tempo e nello spazio”.

La narrazione non è tuttavia un processo soltanto individuale; al contrario, essa non può prescindere dalla dimensione relazionale e dal riferimento al contesto sociale. Come evidenziato dalla riflessione portata avanti nell’ultimo trentennio dalla psicologia culturale (vedi in particolare gli studi

di Andrea Smorti), il pensiero narrativo, a differenza di quello paradigmatico deputato al ragionamento scientifico, non soltanto emerge per primo, nelle prime fasi di sviluppo cognitivo, ma nasce dall'interazione con l'altro. La comunità è essa stessa narrativa, sottolinea Mittica; si realizza, infatti, grazie alla "messa in comune di storie individuali che si dispongono a confluire in un racconto con-divisibile".

Se osserviamo il mondo attraverso le lenti della narrazione, prosegue Mittica, non possiamo che osservare la nostra realtà come "un contesto che si scompone e ricompone attraverso combinazioni narrative", delle quali siamo a volte narratori, a volte personaggi.

La dimensione giuridica non può prescindere da tutto questo. Il diritto è parte di un contesto narrativo. Citando Robert Cover, ripreso da Mittica, "nessun insieme di istituzioni o di prescrizioni giuridiche può esistere al di fuori delle narrazioni che lo colloca in uno spazio e lo dota di significato. Per ogni costituzione c'è un'epica, per ogni decalogo una scrittura. Una volta compreso nel contesto delle narrazioni che gli attribuiscono significato, il diritto diviene non solo un sistema di regole da osservare, ma un mondo nel quale viviamo" (*Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, (a cura di) M. Goldoni, 2008, pp. 17-18).

Il racconto giuridico può essere racchiuso in una fattispecie normativa. Quella penale, in particolare, può essere considerata una microstoria; è in fondo una forma di narrazione realistica di dimensioni ridotte che, descrivendo in poche parole una condotta, consente normalmente di evocare delle immagini.

Michele Papa, nella sua relazione *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*, descrive la fattispecie penale come una sorta di profezia visionaria sull'avvenire giuridicamente significativo: il legislatore identifica la forma di un fatto che, verificandosi nel futuro, produrrà conseguenze per il diritto.

Gli esempi sono molteplici; si pensi al furto (art. 624 cod. pen.), alla violazione di domicilio (art. 514 cod. pen.), alle lesioni personali (art. 582 cod. pen.): la narrativa produce immagini mentali. Ma qual è l'oggetto dell'immaginazione? Come può l'immaginazione produrre l'immagine che attraverso le parole arriva alla nostra mente?

Michele Papa individua due diverse modalità.

La prima è quella di fotografare l'ingiusto, in tutte le sue circostanze, nei suoi fatti specifici, per poi documentarlo nella sua cinesica reale, cioè con

la velocità del tempo in cui le cose accadono nella realtà. I reati più tradizionali (come ad esempio il furto) assumono questa struttura ritrattistica dell'accadere: la fattispecie non fa altro che rispecchiare – ritrarre, appunto – una forma di condotta che è già ben chiara e presente nella coscienza sociale, attribuendo ad essa un significato univoco.

Tuttavia, non sempre un simile risultato è possibile; non sempre la forma è univoca o corrisponde all'ingiusto. Basti pensare ai reati fraudolenti: potremmo dire che “non si vedono”. Si sviluppa quindi una seconda modalità, che Papa chiama “sceneggiatura dell'ingiusto”. Come avviene nella narrativa, nella cinematografia, nella letteratura, l'ingiusto viene reso con un tempo e con delle forme che non sono necessariamente speculari rispetto all'accadere storico, bensì sono frutto di una sintesi creativa dell'artista. L'ingiusto pro-teiforme o invisibile viene reso mediante una serie di scene.

I reati di più recente introduzione sono sempre più difficili da rendere visivamente, anche con questa seconda modalità (ad es. il reato di stalking). Si tratta assai spesso di fattispecie che provano a recuperare segmenti di realtà, tuttavia senza riuscire ad individuare un tratto continuo che sviluppi un'immagine.

La domanda di fondo – rileva allora Papa – è se sia possibile utilizzare l'aspetto delle cose per ordinare il mondo giuridico. Quale sarà la fattispecie del futuro?

In effetti, le norme di recente formulazione prescindono da ogni intento figurativo, si sostanziano in un codice criptico il cui contenuto regolativo è definito in relazione ad altre definizioni. Lo sviluppo ulteriore di una simile tecnica normativa potrebbe essere la digitalizzazione (una sorta di codice a barre) dell'illecito. Si potrebbe altrimenti prospettare un recupero della visualità, attraverso gli strumenti audio-video della modernità: schemi di comportamento che l'Intelligenza Artificiale rileva in modo automatico. Infine, è immaginabile una terza via, forse più ermetica ma poggiata su una lunga tradizione, che rifugge dalla ritrattistica dell'accadere e cerca nell'idea, nell'*eidos*, una porta di comunicazione con l'invisibile, che nel nostro caso è l'ingiusto.

5. *Il diritto: arte o scienza? Note conclusive di Maria Rosaria Ferrarese*

Muovendo dalle arti figurative e ripercorrendo il contributo di letteratura, musica, teatro e cinematografia alla comprensione e costruzione della

dimensione giuridica, il Convegno si conclude interrogandosi sulla natura del diritto. Approfondire il rapporto fra le arti e la dimensione giuridica può costituire un modo per “identificare” il diritto, oltre che per raccontarlo. *Il diritto arte o scienza? O l'una e l'altra insieme?* La relazione di Maria Rosaria Ferrarese riporta all'attenzione del pubblico una domanda classica per il giurista, alla quale risponde attraverso la voce di Francesco Galgano.

Professore universitario, storico del diritto, avvocato e politico, Francesco Galgano non fu soltanto un insigne giurista, ma anche un apprezzabile pittore. Figura poliedrica e curiosa, nella varietà dei suoi tanti mestieri e talenti, egli riflette la complessità della natura del diritto. Un diritto sul quale Galgano ebbe più volte ad interrogarsi, nella contrapposizione tra una concezione dello stesso come *ars inveniendi*, suscettibile di offrire risposte certe ai problemi, ovvero come *ars combinatoria*, che si lega invece alla creatività e alla fantasia.

L'ambizione di ricondurre il diritto alla scienza, storicamente da sempre presente nel pensiero giuridico, se spinta nel perseguimento di una astratta e austera perfezione, rischia di impoverire il diritto. Quest'ultimo possiede certamente specificità tecniche, linguaggio e metodologie di analisi tali da rivendicare una propria autonomia e scientificità; tuttavia, esso è fortemente esposto alla storia ed è quindi mutevole rispetto al variare delle condizioni di tempo e di spazio.

Mai come oggi il diritto si mostra in tutta la sua complessità e natura composita; “un puzzle fatto di tante cose diverse”, sottolinea Ferrarese, che rende difficile fornire una risposta univoca all'interrogativo se possa o meno considerarsi una scienza.

L'incontro con le arti figurative, la musica, la letteratura, il cinema e il teatro contribuisce a far emergere la componente creativa e fantasiosa del diritto, a mostrare la variabilità delle sue espressioni, ciò che in esso è distonico o asimmetrico ma non per questo meno utile a riscoprire quella dimensione culturale che è anche sociale, e quindi umana.

Mario Rusciano

Umberto Romagnoli, *Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili*, Roma, Ediesse, 2018, pp. 334

1. Questo libro di Umberto Romagnoli ha un taglio storico-metodologico ed è denso di contenuti sui quali è utile riflettere: oggi più che mai, cioè nell'epoca in cui si mette in discussione l'essenziale funzione del diritto del lavoro, dei suoi valori e dei suoi canoni. Ritenuti, da alcuni anni, non più coerenti con la moderna concezione dei diritti, dei lavori e dei mercati. I quali ultimi, secondo le teorie economiche del "neo-liberismo", non possono non prevalere sui primi due.

Il taglio storico è quello centrale. Lo si evince già dal titolo del volume: "*Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili*". R. ci fa entrare in una sorta di "Archivio Storico", di "Galleria", in cui ha sistemato i ritratti di alcuni giuslavoristi del secolo scorso, a suo parere meritevoli di essere ricordati per il rilievo assunto nella storia del diritto del lavoro. Ritratti costruiti nel tempo, talora in occasione della commemorazione di questi studiosi, specie quelli più giovani, scomparsi all'improvviso. Dei quali ha letto e riletto le opere.

Il taglio metodologico si coglie invece nella premessa. Che si apre con la citazione di Giovanni Tarello: celebre filosofo del diritto, scomparso troppo presto, che spesso R. a ragione cita nei suoi scritti. Tarello infatti ha profuso il suo ingegno negli studi di storia della cultura giuridica, raccogliendone in vari volumi (per i tipi del Mulino) i *Materiali*, fondamentali dal punto di vista storiografico. Proprio a Tarello devono molto i giuslavoristi della mia generazione e in parte anche quelli della generazione di R. (naturalmente più i "giuslavoristi della ricerca" che i "giuslavoristi del foro"). Infatti, con il libro, che fece epoca negli anni '70, su "*Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*" (del 1972), Tarello ha dato ai giuslavoristi un'importante "lezione", alla quale giustamente R.

intitola la premessa del suo libro. Una lezione di “filosofia del diritto del lavoro”, impartita attraverso il metodo: che in sostanza è sempre l’epifania (anche involontaria) della personalità scientifica del giurista. R. riporta a tal proposito un’eloquente frase di Tarello: “*poco si comprende del funzionamento dell’organizzazione gius-politica di un’epoca e di un paese, se non se ne conoscono gli operatori: tra questi, principalmente i giuristi*”. La “lezione di Tarello”, dunque, racchiude il senso profondo del volume di R. Lo dico sia perché ho visto nascere questo libro – grazie ai frequenti contatti con R. (per lo più telefonici e telematici) – sia perché ne condivido la scelta, convinto come sono che, per capire il diritto, occorre partire dalla storia. Infatti il giurista, che per natura interroga il suo tempo, non può far bene il suo mestiere se non conosce le origini storiche dei vari e complessi processi che poi scandiscono l’andamento della contemporaneità. E siccome, come dice Tarello, “*una storia del diritto deve praticare il genere letterario della biografia intellettuale*”, R. fa tesoro di questa lezione. Del resto è noto che la storia lo ha sempre appassionato: già dieci anni or sono pubblicò “*Giuristi del lavoro: percorsi italiani di politica del diritto*” (Ed. Donzelli), in cui traccia le fondamentali linee evolutive del diritto del lavoro rileggendo la vita e l’opera di alcuni dei suoi protagonisti. Adesso qui fa la storia del diritto del lavoro richiamando l’attenzione sui giuristi che per lui più hanno segnato la letteratura giuslavoristica dello scorso secolo e del primo decennio del nuovo. (Di costoro, anzi, nell’appendice del libro, traccia pure la biografia).

R. non manca inoltre di alludere al singolare rapporto di reciproca influenza tra la dottrina (“mediatrice intellettuale”) e la giurisprudenza – da quella di merito a quella di legittimità e a quella costituzionale – ma lo fa con una notazione che vale la pena segnalare: “...sarebbe una sciocchezza affermare che la coppia [dottrina e giurisprudenza] funziona perfettamente”. Se è vero infatti “che la giurisprudenza non può fare a meno della dottrina”, è vero anche “che il loro dialogo non lusinga la seconda più di quanto non metta in soggezione la prima”. Questo perché “la giurisprudenza è in grado di liquidare una buona dottrina nella stessa misura in cui è in grado di premiarne una cattiva”.

2. La struttura del libro è molto semplice, direi elementare, in quanto segue la periodizzazione classica del diritto del lavoro: che, più di ogni altro ramo dell’ordinamento, finisce con l’essere un sismografo del contesto non

solo economico, ma anzitutto politico e socio-antropologico delle varie epoche storiche.

a) il periodo pre-corporativo coincide con la fase dominata dall'ideologia liberale. Per la quale il diritto del lavoro viene considerato una provincia minore del diritto civile. E difatti qui s'incontra anzitutto **Ludovico Barassi**, che per primo ricostruisce il contratto di lavoro come una specie del contratto di locazione, senza tener conto della (pur timida) legislazione sociale, nata sull'onda delle organizzazioni collettive e delle proteste degli operai della prima industrializzazione, alle quali Barassi non attribuisce grande rilievo.

Seguono Francesco Carnelutti, Giuseppe Messina ed Enrico Redenti. **Francesco Carnelutti** viene da R. citato già nel profilo di Barassi. Carnelutti infatti, [amando] "in gioventù comportarsi da *enfant terrible*", accusa Barassi d'indifferenza rispetto allo scompiglio portato nell'ordinamento dalle nuove normative sul lavoro. Carnelutti, celebre per la sua poliedricità, è molto presente sulla scena dottrinale anche nel periodo corporativo, non senza alcuni atteggiamenti da camaleonte. Molto breve è il profilo di **Giuseppe Messina** perché di questo giurista si sa poco. Di solito egli viene ricordato per una sua monografia sui "concordati di tariffa", molto citata da chi si occupa di contrattazione collettiva, perché è la prima a occuparsi dei concordati, considerati in seguito i prototipi dei contratti collettivi. Di **Enrico Redenti**, che è un famoso processualcivilista, si ricorda il suo amore giovanile per il diritto del lavoro, che lo porta a compiere quell'opera straordinaria che è il "Massimario della giurisprudenza probivirale", introdotto da una famosa relazione che, per il suo spessore logico-concettuale, farà da illuminante battistrada a orientamenti successivi, legislativi e giurisprudenziali. Redenti peraltro continua a frequentare la materia lavoristica: prima nella Rivista di Diritto Commerciale e poi, dopo un lungo silenzio, nella Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Qui, per esempio, si occupa del distacco delle aziende pubbliche dalle associazioni imprenditoriali private, disposto da una discussa norma della legge del 1956 istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali. Una vicenda a suo tempo molto rilevante per le implicazioni politico-economiche e per l'influenza sulle relazioni industriali, il cui sistema contrattuale andava formandosi proprio nella seconda metà degli anni '50. Basti pensare che, dall'autonomo associazionismo delle imprese pubbliche, ha origine la contrattazione decentrata, destinata col tempo a diventare un pilastro del sistema sindacale.

b) Al periodo corporativo R. dedica soltanto uno “sguardo d’insieme”, perché ritiene i giuristi di quel periodo troppo impregnati dell’ideologia politica del fascismo e troppo intenti a celebrarne le magnifiche sorti e progressive. Rilievo esatto, ma non in assoluto: perché è giusto dire che nel periodo corporativo non mancarono giuristi di vaglia di estrazione liberale, che subirono il fascismo non potendosi esprimere in piena libertà. E difatti è noto che soprattutto le norme del codice civile sul contratto individuale di lavoro sono in fondo di stampo liberale, benché riverniciate di spirito corporativo. A ogni buon conto, anche queste pagine di R. sono, oggi come oggi, di indubbio interesse, non solo storico.

3. c) Quando il libro affronta il periodo post-costituzionale, e si avvicina così a tempi più recenti, risulta addirittura avvincente. Fa vivere i travagli attraversati dal diritto del lavoro fin dall’origine: palleggiato dal diritto privato al diritto pubblico (corporativo) per poi far ritorno al diritto privato, prima di assumere una sua più chiara identità e costruire un proprio statuto epistemologico. Si apre giustamente con il profilo di **Francesco Santoro-Passarelli**, un civilista di razza, cattolico liberale, artefice della non poco faticosa vittoria dei privatisti sui pubblicisti nella lotta per appropriarsi del diritto del lavoro post-costituzionale: sia per quel che riguarda il contratto di lavoro, sia per quanto attiene all’ordinamento sindacale, rinvigorito dalla centralità della concezione costituzionale dei corpi intermedi accolta da Santoro-Passarelli. Attraverso un percorso che mette assieme rigore giuridico e apertura al sociale, Santoro-Passarelli infatti valorizza la tutela del lavoratore nello scambio contrattuale – quando, per esempio, afferma che, mentre nei contratti sono in gioco i “beni”, nel contratto di lavoro è in gioco la “persona” – e nello stesso tempo valorizza il protagonismo sindacale. Per un verso in tutti i suoi studi (e fino a tutti gli anni ’80) Santoro-Passarelli si dimostra sensibile ad accentuare, di fronte agli eccessi del positivismo giuridico, la rilevanza dei “fatti sociali”, destinati a diventare regole in quanto sostenute dall’ampio consenso delle forze sociali che ne fanno oggetto dei loro accordi. Per un altro verso (certo senza saperlo) Santoro-Passarelli apre la strada all’elaborazione successiva, da parte di Gino Giugni, della teoria euristica dell’ordinamento intersindacale.

Di non minore interesse sono le pagine dedicate a **Luigi Mengoni**, che R. definisce “un precettore dialogante”. Mengoni è un altro civilista di grandissima statura, anch’egli di formazione cattolica e mosso dalla particolare

sensibilità alla rilevanza della “persona” nel contratto di lavoro e dei “valori” che racchiude. Perciò dà al diritto del lavoro importanti contributi, ne guarda con rispetto l’autonomia e anzi ne pone in luce l’influenza che può esercitare sullo stesso diritto civile. Nega però che si possa tagliare di netto il cordone ombelicale tra il diritto civile e il diritto del lavoro: due branche distinte, ma continuamente dialoganti. **Federico Mancini** è “un intellettuale liberal-socialista”, la cui cultura lo pone nella condizione, da un lato, di legare la dogmatica giuridica e la politica del diritto e, da un altro lato, di affiancare agli studi una gran voglia di operare sul piano politico-istituzionale. Non a caso, negli anni ’60, Mancini, assieme a Gino Giugni, fa compiere uno straordinario salto metodologico agli studi del diritto del lavoro arricchendone l’apparato epistemologico: sia ridisegnandone i caratteri fondamentali, sia allargandone i confini. Fino a quando, dopo aver creato una scuola – cui contribuiscono Giorgio Ghezzi, lo stesso Romagnoli e Luigi Montuschi – decide di dedicarsi al diritto europeo: prima da avvocato generale e poi da giudice della Corte di giustizia della Comunità Europea. **Gino Giugni**, per R., è il “compagno professore”. Su Giugni le pagine, oltre che lucide e talora commoventi, sono numerose e non sintetizzabili. Ma ciò non sorprende per due ragioni: sia perché il rapporto tra Gino e Umberto – del quale ho avuto la fortuna di essere a volte testimone diretto e di trarre insegnamenti indimenticabili – è sempre stato umanamente forte e scientificamente fruttuoso, benché dialettico; sia perché, dal noto sodalizio tra Giugni e Mancini, ripeto, nascono gli *essentialia* del nuovo sistema giuslavoristico post-costituzionale. Senza dimenticare che a Giugni, dopo la valorizzazione della realtà sindacale per elaborare la teoria dell’ordinamento intersindacale (nella monografia *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*), si deve, alla fine degli anni ’60, la paternità della legge 300 del 1970. Vale a dire di quel famoso “Statuto dei diritti dei lavoratori”, che può considerarsi, semplificando, la traduzione, in una legge dello Stato, della logica dell’ordinamento intersindacale teorizzato in precedenza. Una legge che costituisce uno spartiacque (anche nella visione di R.) tra vecchio e nuovo diritto del lavoro post-costituzionale. Che è poi il regime nel quale, non si sa per quanto tempo e nonostante la preoccupante destrutturazione in atto, ancora oggi bene o male ci troviamo a operare.

Dalle pagine su **Giuseppe Pera** traspare il buon rapporto personale che R. aveva con Pera, ma anche la chiara diversità di metodo di studio, dal momento che Pera – giunto all’università dalla magistratura e avendo sempre fatto l’avvocato oltre al professore – è incline più alla riflessione casistico-

giudiziaria, o se si vuole “forense”, che a quella per così dire prevalentemente “filosofica”, più coerente con il percorso intellettuale di R.. **Giorgio Ghezzi**, studioso di acuta intelligenza e di spiccata sensibilità sociale, viene da R. definito “un idealista senza illusioni”. Di Ghezzi R. pone in luce il frequente dilemma tra la sua ricerca scientifica (in cui spicca il connubio tra rigore giuridico e apertura sociale) e il suo impegno politico-istituzionale (assessore al Comune di Bologna; parlamentare della sinistra; Commissario di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali). Comunque Ghezzi, da tutte queste postazioni, occupate sempre con autorevolezza, ha continuato a dare raffinati contributi al diritto del lavoro.

4. *d*) L'ultima parte del volume è dedicata agli studiosi del dopo-statuto. Studiosi tutti giovani e di grande valore, nostri amici più o meno vicini, ma carissimi, dei quali si avverte la mancanza. Ci hanno lasciato molto prematuramente: chi per malattia (Gianni Garofalo e Massimo Roccella); chi per sua volontà (Gaetano Vardaro); chi per mano del folle terrorismo delle BR (Massimo D'Antona e Marco Biagi). Essi hanno però avuto il tempo non solo di dare al diritto del lavoro notevoli apporti scientifici, ma di impegnarsi pure direttamente nella politica, nel sindacato e nelle istituzioni. Anzi, D'Antona e Biagi hanno pagato con la vita il loro impegno istituzionale. Tutti hanno affrontato aspetti centrali della nostra materia: dalla storia giuridica (non solo italiana) alle interpretazioni, acute e originali, del diritto positivo; dalla comparazione giuridica all'ordinamento dell'Unione Europea. Hanno dato molto, ma purtroppo non tutto quanto avrebbero potuto dare.

Le pagine dedicate a questi giovani colleghi risentono della malinconica tenerezza dell'anziano Maestro: dal quale essi, chi più chi meno, hanno tratto insegnamenti e che ora, delle loro opere, coglie la diversità di metodo, l'influenza dell'ambiente (non solo) accademico in cui si sono formati e la cifra intellettuale. R. ricorda, di ciascuno, il cuore dell'apporto dottrinale fornito al diritto del lavoro.

Il colloquio scientifico tra R. e **Gaetano Vardaro** è stato sempre molto intenso, amichevole e dialettico. Vardaro viene ritratto da R. come “una personalità intellettualmente irrequieta e culturalmente insoddisfatta”, la cui “avidità di sapere” [lo] “costringeva a sfidare continuamente se stesso”. Sicché non per “mero accidente” a lui, tra l'altro, è “toccato introdurre i giuristi del lavoro alla conoscenza dell'esperienza della Repubblica di Weimar. Un'esperienza

importante, che però è stata in pratica ignorata dai giuslavoristi, “benché ne fosse documentabile la valenza fondativa del moderno diritto del lavoro”.

Di **Massimo D’Antona** così R. descrive le “due costanti della vasta produzione”. La prima: “Massimo pensava scientificamente e mostrava con semplicità”. La seconda: “Massimo credeva nella forza non-violenta della parola. Per questo, anche quando affrontava le questioni più infuocate, il suo linguaggio non era percussivo. Voleva essere, ed era, solamente persuasivo. Pacatamente persuasivo”. Forse per questo D’Antona ha potuto “collocare le questioni centrali del diritto del lavoro all’interno di coordinate storico-culturali all’altezza della posta in gioco”, affrontare cioè le tematiche di fondo di questo “diritto a misura d’uomo”: la sfida delle differenze rispetto alle regole *standard* del lavoro; il problema cruciale della “rappresentanza generale del lavoro e la riscoperta del rappresentato”, partendo dal “non-detto” dello Statuto dei lavoratori. Del resto, voglio qui ricordare, non a caso la cultura e la personalità di Massimo facevano sì che egli riscuotesse la fiducia di sindacati, imprenditori e istituzioni: tanto da avventurarsi nei difficili percorsi di una sana concertazione sociale, caduta con lui sotto gli spari dei terroristi.

Ricordando le opere principali di **Marco Biagi** – sulle regole del lavoro nelle piccole imprese e sulle cooperative di produzione e lavoro – R. ne ricostruisce sia l’ambiente bolognese della sua formazione, sia il suo lento (ma sostanziale) allontanamento dalla tradizionale funzione del diritto del lavoro dopo il periodo trascorso in Giappone e la “crescente adesione alla cultura anglo-americana”. Da queste esperienze deriva l’immersione di Biagi nella comparazione giuridica, che per lui – afferma R. – è “uno strumento di cui servirsi per allestire e riordinare un vasto repertorio di idee che hanno il pregio di porgersi sotto forma di tecniche pronte per l’uso tra le quali è dato scegliere la più conveniente”. E così, a chi rimpiange il tempo dell’evoluzione concessivo-acquisitiva del diritto del lavoro, Biagi “(ma non solo lui), obietta che il diritto del lavoro è rimasto vittima del suo successo nella misura in cui ha prodotto effetti contro-fattuali”. Perciò egli, secondo R., assume “un’ottica che privilegia la natura strutturalmente compromissoria del diritto del lavoro e ne enfatizza la cedevolezza alle pretese imperialistiche dell’economia di mercato”. Si dedica perciò alle “proposte *de iure condendo*”, che per lui “avevano una valenza direttamente e immediatamente politica”. Tanto da diventare, nella visione omicida dei terroristi, un simbolo – da abbattere – della trasformazione del diritto del lavoro.

Gianni Garofalo viene da R. ricordato come uno studioso che si

muove “tra disincanto e ragionevoli utopie”. Ma a R., come a quanti lo conobbero, manca anzitutto “il calore dell’amicizia” di Gianni Garofalo, la “pacezza della sua comunicativa, l’autenticità della sua parola, la forza tranquilla del suo sguardo e il conforto della sua trasparente lealtà”. Sono i tratti di un cattolico comunista (non di un dispregiativo “cattocomunista”), che fonda tutta la sua elaborazione politico-culturale sulla pietra angolare dell’eguaglianza sostanziale sancita nel secondo comma dell’art. 3 della Costituzione. Un valore che “non può rispecchiarsi nella realtà se non con la gradualità del contrastato processo di giuridificazione della tensione dialettica tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, della quale la nascita del diritto del lavoro aveva offerto una prima, timida testimonianza”. Un processo non facile, che presuppone la consapevole integrazione, nel mondo del lavoro tra “individuale” e “collettivo”. “Un collettivo organizzato e strutturato. Il sindacato”. Al quale non a caso Garofalo ha dedicato il suo impegno: non solo di studioso, ma pure di operatore.

Aprendone il ricordo, R. riporta quanto **Massimo Roccella** – definito “uno studioso civilmente impegnato” – disse di se stesso parlando della sua scelta di occuparsi del diritto del lavoro. Soltanto il diritto del lavoro – diceva Roccella – “è così vivo e pulsante” e “ha un legame così stretto con la storia e gioca un ruolo così strategico negli equilibri dei paesi democratici”. Questa frase consente a R. di ricordare che “anche per Massimo lo studio del diritto del lavoro è stato molto più che un mestiere”. E aggiunge che “senza un’autentica passione per lo studio del diritto del lavoro e le sue vicende, Massimo non avrebbe potuto affrontare e gestire uno *stress* angosciante come quello che non poté non procurargli la designazione a succedere a Massimo D’Antona nell’incarico di consigliere giuridico del ministro del lavoro del governo D’Alema”. Del resto R. è convinto che “la politicità che percorre il diritto del lavoro, la valenza meta-giuridica delle sue categorie fondative e il suo impatto sulla vita quotidiana dei comuni mortali trasmettono *input* che premono per essere ammessi nel sapere specialistico del giurista e lo sollecitano ad accorciarne le distanze dalla realtà del suo tempo”.

5. Il libro si conclude con un ossimoro: “ritorno al futuro”. In realtà quest’ultima parte racchiude la *summa* del pensiero di R. sulla fase attuale della disciplina – non a caso intitolata “Dal diritto del lavoro ai diritti dei lavoratori” – che si apre con “un po’ di pulizia linguistica”, perché “diritto

del lavoro è un accostamento di parole che dice troppo e, al tempo stesso, troppo poco” ed è “anche un’espressione reticente”. Infatti “l’amore per la specie fa perdere di vista il genere”. Nel senso che il diritto del lavoro, nato per la tutela “dei lavoratori dipendenti tendenzialmente stabili”, tiene poco conto non solo dei lavoratori autonomi, ma anche dei tanti lavoratori che prestano la loro opera nelle forme più diverse, spesso di difficile inquadramento perché fintamente “indipendenti”. Qui R. ripercorre le più recenti e travagliate vicende della “subordinazione” e delle varie modalità di “collaborazione”, che le varie leggi degli ultimi venticinque anni hanno introdotto, sconvolgendo l’assetto del diritto del lavoro. Mentre infine, parlando della tensione tra “individuale” e “collettivo” – punto cruciale del sindacalismo storico affermatosi sotto l’egida delle grandi confederazioni – si sofferma sul (non sempre chiaro) legame tra “lavoro” e “cittadinanza” e sull’ambiguo passaggio “dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriale”. Fino a considerare le attuali organizzazioni e le politiche sindacali troppo condizionale dalla realtà del settore industriale e quindi inadeguate ad abbracciare la complessa e sfaccettata realtà del lavoro negli altri settori, per la quale i sindacati sono impreparati.

6. Questo libro è molto utile per capire criticamente la nascita, la crescita e la crisi del diritto del lavoro. Si condividano oppure no le posizioni di R., va detto che esse sono sempre espresse con rigore logico e ampie argomentazioni. Sicché s’imparano comunque molte cose: persino se l’autore eccede nel pessimismo e pare talora cedere a una inespressa nostalgia. Come quando arriva a dire di mettere in gioco un “segmento significativo del [suo] stesso processo di formazione”. Va aggiunto che il libro si legge molto volentieri: R. per natura rifugge dal linguaggio giuridico di natura burocratico-forense, adatto più a trattare le controversie giudiziarie che a condurre una ricerca approfondita. Il suo è un linguaggio sempre letterariamente gradevole e a volte divertente: con le sue metafore e le sue parabole che rivelano la cultura ad ampio raggio dell’autore: dalla letteratura alla storia; dallo sport al cinema. Perciò nelle pagine del libro si colgono importanti insegnamenti per gli studiosi del Diritto del lavoro: di stile, di metodo e di merito. Si potrebbe dire che R. *ridendo castigat mores*.

La lettura del libro va consigliata soprattutto ai giovani e specialmente ai laureandi e ai dottorandi per affinare lo spirito critico e ancora prima la

conoscenza storica di una disciplina in rapida e disordinata trasformazione. Sarà pure un paradosso, ma da questa lettura s'impara molto proprio mentre R. conclude: "sto imparando a disimparare, almeno in parte, ciò che prestigiosi giuristi-scrittori del 900 mi avevano insegnato". Suggesto ai giovani studiosi di imparare da lui: almeno per ora, perché poi a disimparare avranno tutto il tempo che vogliono.

Floriana Coppola
Infinitoslam

Nel 1819 Giacomo Leopardi scrisse il suo testo più famoso “L’infinito”, che ha dato vita a una “poesia moderna malinconica e sentimentale, espressione di una sensibilità più ardita, filosofica, matematica e insieme indefinita” (Pietro Citati, *E il poeta credè l’infinito, ne la Repubblica* del 27 settembre 2019). Nel film di Ettore Scola *Treviso Torino, viaggio nel Fiatnam*, (vedi *DLM*, 2019, n.1) il regista fa leggere L’infinito agli operai che frequentano i corsi serali per impossessarsi della cultura borghese. La poesia che segue, costruita intorno a un ritmo slam, è stata scritta e recitata durante la presentazione del film citato nella versione digitale restaurata nel 2018, a Treviso nel Centro Culturale Scola.

Infinitoslam. Floriana Coppola

*Sempre caro mi fu quest’ermo colle
e tra le cose del paese cinto di neve
misi nella valigia come lui volle
il pezzo di carta del diploma, il fiato caldo delle sere
e questa siepe che l’ultimo orizzonte esclude
questi vicoli bagnati dalla pioggia di novembre
queste zolle rivoltate dalla fame che spinge verso nord
questo mondo bambino che ho toccato
lascio alle spalle, ficcando nello zaino
il dizionario sciupato di mia madre
gli occhi normanni di mio nonno
sul tetto il canto stordito degli uccelli
ma sedendo e rimirando intermittenti spazi e sovraumani silenzi*

mi allontanano con il vertice del sud che preme in petto
 bisturi e cisterna immacolata, piazza e giardino che non sboccia
 sento appena nata e già precaria, *profondissima la quiete*
 immensa questa roccia dove si siede la montagna
 che accoglie la grande chiesa, i poderi, le vigne
 e i filari verdi in distesa, *io nel pensiero mi fingo*
 come in una nicchia addormentato e perso
 nel vagone numero dieci, posto quaranta
 guardando il finestrino appena ombrato
 dalla nebbia fitta del mattino, penso a Milano
e si ghiaccia il sangue nelle vene e per poco il cor non si spaura
 tocco la bruma sul vetro e penso alla fatica che dovrò fare
 in fila tra le persone stipate in branchi per avere
 la tessera di partito, del sindacato, il foglio del cassaintegrato
 la busta gialla per l'affitto da pagare e le bollette
a questa voce vo comparando
 al mormorare stanco della gente, che torna nella metro dal mercato
 al calpestio del primo corteo per le strade
 al brusio costante della catena di montaggio
 al vento che fischia nel mio bosco a maggio
 al chiasso degli ambulanti nelle contrade
e mi sovviene l'eterno e le morti stagioni
 e mio padre chino a raccogliere legni e rovi
 e la mia donna che non ho amato abbastanza
 e i poster in bianco e nero di Marx, dei Pink Floyd, di Che Guevara
 attaccati con i chiodi nella mia stanza
 a questa terra ancora così avara
 ai figli lasciati andare in greggi e stormi
 a questa nostalgia che mi percuote
 al pensiero di te che non ritorni
 al fumo nero delle ciminiere
 a quello chiaro dei camini irpini
così tra questa immensità s'annega il pensier mio
 e naufragar è amaro in questo mare

Floriana Coppola vive e lavora a Napoli, docente di Lettere negli istituti statali superiori, counselor professionista, specializzata in Analisi Transazionale e Psicologia Esistenziale, perfezionata in Didattica e Cultura di genere e in Scrittura autobiografica, fa parte della Società Italiana delle Letterate. È presente in varie antologie. Le sue opere di poesia: *Il trono dei mirti*, ed. Melagrana onlus, 2005; *Sono nata donna*, Boopen Led, 2010; *Mancina nello sguardo*, LaVita Felice, 2012; *Femminile Singolare*, Homo Scrivens, 2016; *Cambio di stagione e altre mutazioni poetiche*, Oedipus, 2017; *La faglia del fuoco*, Ed Laboratorio di Nola, 2019. I suoi romanzi sono: *Vico Ultimo della Sorgente*, Homo scrivens, 2012; *Donna Creola e gli angeli del cortile*, La Vita Felice, 2014; *Aula Voliera*, Oedipus, 2019.

notizie sugli autori

Carmen Amato

Avvocata e dottoressa di ricerca in diritto del lavoro, Università degli studi Roma tre

Alessandro Andronio

Consigliere della Corte suprema di Cassazione

Sara Benvenuti

Ricercatrice in Diritto Comparato, Università degli Studi di Firenze

Franca Borgogelli

Ordinaria di diritto del lavoro, Università Siena

Lilli Casano

Assegnista di ricerca in diritto del lavoro, Università degli studi di Bergamo

Bruno Caruso

Ordinario di diritto del lavoro, Università di Catania

Floriana Coppola

Docente di Lettere negli istituti statali superiori e scrittrice

Domenico De Masi

Emerito di Sociologia del lavoro, Università "La Sapienza" di Roma

Giuseppe Gentile

Ricercatore in diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II

Antonio Lettieri

già Segretario confederale della CGIL

Federico Pascucci

Assegnista di ricerca in diritto del lavoro presso l'Università di Camerino

Vito Pinto

Ordinario di diritto del lavoro, Università di Bari

Mario Rusciano

Emerito di diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Federica Saulino

Assegnista di ricerca in diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Charles F.X. Szymanski

Professor of Law, Vytautas Magnus University, Lituania

Roberto Voza

Ordinario di diritto del lavoro, Università di Bari

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

indice annata 2019

editoriale

- 369 DOMENICO DE MASI
Inclusione e cittadinanza
- 189 LORENZO GAETA
1919. L'anno in cui (ri)cominciò il diritto del lavoro
- 5 ADALBERTO PERULLI
L'OIL e lo spirito di Filadelfia oggi: cent'anni di solitudine?

saggi

- 431 ALESSANDRO ANDRONIO
Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale
- 473 FRANCA BORGOGELLI
Riflessioni sul sistema di valutazione nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme
- 85 STEFANIA BUOSO
L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea
- 381 BRUNO CARUSO
Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità
- 549 LILLI CASANO
Professionalità e certificazione delle competenze: legge, contrattazione collettiva, autoregolazione
- 263 COSTANTINO CORDELLA
L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori

- 295 FEDERICO FUSCO
La privacy del lavoratore tra riforma dell'art. 4 St. lav. e regolamento generale sulla protezione dei dati personali
- 37 STEFANO GIUBBONI
Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione
- 239 ANTONIO LOFFREDO
Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell'Unione europea
- 575 FEDERICO PASCUCCI
Il whistleblowing
- 499 VITO PINTO
Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento
- 17 UMBERTO ROMAGNOLI
Il lavoro non è una merce, ma il mercato del lavoro è una realtà
- 527 CHARLES F.X. SZYMANSKI
Gli approcci alla Platform economy del diritto del lavoro americano
- 63 LAURA TEBANO
Delocalizzazioni, occupazione e aiuti di Stato nel "Decreto Dignità"
- 201 LORENZO ZOPPOLI
La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Del-l'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran
- 219 ANTONELLO ZOPPOLI
La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento

giurisprudenza

- 119 SILVIA BORELLI
La pensione di reversibilità per le coppie omosessuali. Par cette voie s'il vous plait, caro Trabucchi!
(Commento a Corte Appello Milano, 26 luglio 2018 n. 1005)
- 607 GIUSEPPE GENTILE
Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione

(Commento a Corte di Giustizia 14 maggio 2019, causa C-55/18)

- 103 PASQUALE MONDA
La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione
(Commento a Cassazione 12 aprile 2017 n. 9323)
- 319 GAETANO NATULLO
La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche
(Commento a Corte di Giustizia 25 ottobre 2018, causa C-331/17)
- 343 CARLA SPINELLI, SIMONA SARDARO
Trasferimento di attività di amministrazione soppressa e diritti dei lavoratori (anzianità e progressioni economiche)
(Commento a Cassazione 3 maggio 2018 n. 10528)
- 625 ROBERTO VOZA
Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni in sede sindacale
(Commento a Tribunale di Roma 8 maggio 2019 n. 4354)

osservatorio

- 651 CARMEN AMATO
La recente legislazione francese sulle disparità salariali di genere. Prime riflessioni
- 683 SARA BENVENUTI
Arti e dimensione giuridica: a proposito del Convegno fiorentino a Palazzo Incontri (30 maggio 2019)
- 131 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
Criminalità mafiosa e diritto del lavoro
- 639 ANTONIO LETTIERI
Memorie dell'altro secolo: 1970, attacco al Taylorismo
- 149 FEDERICA SAULINO
Organizzazione del lavoro nella FCA e relazioni industriali
- 663 FEDERICA SAULINO
A margine del Convegno CNEL su "La contrattazione collettiva in Europa: una prospettiva trasversale" (18 luglio 2019)

opinioni e recensioni

- 695 MARIO RUSCIANO
Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili di Umberto Romagnoli
(Roma, Ediesse, 2018, pp. 334)
- 175 MARCO ESPOSITO
L'utilità di un commentario sui generis: International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary

lavoro e ... poesia

- 705 FLORIANA COPPOLA
Infinitoslam

lavoro e... cinema

- 165 LORENZO ZOPPOLI
Treviso-Torino, viaggio nel Fiat-Nam (Scola, 1973). Quando emigra(va)no gli italiani

table of contents 2019

editorial

- 369 DOMENICO DE MASI
Inclusion and Citizenship
- 189 LORENZO GAETA
1919. The Year when Labour Law Began (Again)
- 5 ADALBERTO PERULLI
ILO and the Spirit of Philadelphia: One Hundred Years of Solitude?

articles

- 431 ALESSANDRO ANDRONIO
Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale
- 473 FRANCA BORGOGELLI
Thoughts on the Evaluation System in Public Administrations. Pending New Legislation
- 85 STEFANIA BUOSO
The Social Inclusion of Disabled People in the Light of European Union law
- 381 BRUNO CARUSO
The Contract with an Increasing Protection in the Pincer of the Double Prejudice
- 549 LILLI CASANO
Professionalism and Certification of Skills. Law, Collective Bargaining, Self-regulation
- 263 COSTANTINO CORDELLA
Public Policy in the Transnational Posting of Workers

- 295 FEDERICO FUSCO
Workers' Privacy between the Reform of Article 4 of Workers' Statute and General Regulation on the Protection of Personal Data
- 37 STEFANO GIUBBONI
Labour Law beyond the State: Traces for a Discussion
- 239 ANTONIO LOFFREDO
Transnational Employer and Social Dumping in the European Union
- 575 FEDERICO PASCUCCI
Whistleblowing
- 499 VITO PINTO
The Recruitment of the Lyric-symphonic Foundations between Tradition and (Apparent) Renewal
- 17 UMBERTO ROMAGNOLI
Work is not a Commodity but the Labour Market is a Reality
- 527 CHARLES F.X. SZYMANSKI
Approaches to the Platform Economy under American Labour Law
- 63 LAURA TEBANO
Relocation, Employment and State Aid in the 'Dignity Decree'
- 219 ANTONELLO ZOPPOLI
The Constitutional Court Intervenes on the Jobs Act but Avoids its Core: the New Balance in the Discipline of Dismissals
- 201 LORENZO ZOPPOLI
Collective Bargaining in Public Employment and the Thoughts of Carlo Dell'Aringa, Professor and President of Aran

case law

- 119 SILVIA BORELLI
The Survivor's Pension for Same-sex Couples. Par cette voie s'il vous plait, dear Trabucchi!
(Comment to Milan Appeal Court, 26 July 2018 n° 1005)
- 607 GIUSEPPE GENTILE
Daily Working Hours: for the Court of Justice there is the Obligation of Measurement and Detection

- (Comment to Court of justice's judgment 14 May 2019, C-55/18)
- 103 PASQUALE MONDA
The Evaluation of Public Managers under the Examination of the Corte di Cassazione
(Comment to Cassazione 12 April 2017 n° 9323)
- 343 CARLA SPINELLI, SIMONA SARDARO
Transfer of Activities of a Suppressed Administration and Workers' Rights (Seniority and Economic Progressions)
(Comment to Cassazione's Judgment 3 May 2018 n° 10528)
- 625 ROBERTO VOZA
On the Assumptions of Validity of the Renunciations and Transactions in the Trade Union
(Comment to Rome Tribunal's judgment 8 May 2019 n. 4354)

observatory

- 651 CARMEN AMATO
The Recent French Legislation on Gender Pay Disparities. First impressions
- 131 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
The Mafia crime and labour law
- 639 ANTONIO LETTIERI
Memories of the Other Century: 1970, Attack on Taylorism
- 149 FEDERICA SAULINO
Work Organization in the FCA and Industrial Relations
- 663 FEDERICA SAULINO
On the Side-lines of the CNEL Conference on "Collective Bargaining in Europe: a Transversal Perspective" (18 July 2019)
- 683 SARA BENVENUTI
Arts and the Legal Dimension: about the Florentine Conference at Palazzo Incontri (30 May 2019)

opinions and reviews

- 175 MARCO ESPOSITO
The usefulness of a sui generis commentary: International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary
- 695 MARIO RUSCIANO
Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili by Umberto Romagnoli (Rome, Ediesse, 2018, pages 334)

labour and... movies

- 165 LORENZO ZOPPOLI
Treviso-Torino, viaggio nel Fiat-Nam (Scola, 1973). When the Italians Emigrate(d)

labour and... poetry

- 705 FLORIANA COPPOLA
Infinitoslam

indice autori 2019

Carmen AMATO, 651
Alessandro ANDRONIO, 431
Sara BENVENUTI, 683
Silvia BORELLI, 119, 131
Franca BORGOGELLI, 473
Stefania BUOSO, 85
Lilli CASANO, 549
Costantino CORDELLA, 263
Bruno CARUSO, 381
Floriana COPPOLA, 705
Domenico DE MASI, 369
Marco ESPOSITO, 175
Federico FUSCO, 295
Lorenzo GAETA, 189
Giuseppe GENTILE, 607
Stefano GIUBBONI, 37
Antonio LETTIERI, 639
Antonio LOFFREDO, 239
Pasquale MONDA, 103
Gaetano NATULLO, 319
Federico PASCUCCI, 575
Adalberto PERULLI, 5
Vito PINTO, 499
Maura RANIERI, 131

Umberto ROMAGNOLI, 17

Mario RUSCIANO, 695

Simona SARDARO, 343

Federica SAULINO, 149

Carla SPINELLI, 343

Charles F.X. SZYMANSKI, 527

Laura TEBANO, 63

Roberto VOZA, 625

Antonello ZOPPOLI, 219

Lorenzo ZOPPOLI, 165, 201

Finito di stampare nel mese di febbraio 2020
dalla Grafica Elettronica (Na)

Domenico De Masi
Inclusione e cittadinanza

*“Come dice il proverbio,
chi ha molto riceverà ancora di più e vivrà nell’abbondanza;
chi ha poco, gli porteranno via anche quel poco che ha”.*

MATTEO, 25, 29.

*“Gli italiani sposano un’idea
e subito la lasciano con la scusa che non fa figli”*

LEO LONGANESI

La povertà

La recente questione del reddito di cittadinanza rappresenta un caso sociologico di estremo interesse perché consente di osservare, come sotto una lente di ingrandimento, il rapporto culturale e socio-politico che il Paese intrattiene nei confronti dei suoi cittadini poveri.

Vale la pena di iniziare da alcuni dati essenziali. Su 196 Paesi al mondo, l’Italia è al 23° posto per numero di abitanti, all’ottavo posto per Prodotto Interno Lordo e al 32° posto per Pil pro-capite: è, dunque, un paese ricco. Però la ricchezza vi è distribuita in modo disuguale, con disuguaglianza crescente. Secondo gli ultimi dati Eurostat, nel 2010 era a rischio di povertà un italiano su 3. E questa crescita della divaricazione è avvenuta anche mentre governava la sinistra. Secondo l’Istat 1,8 milioni di famiglie, ovvero 5 milioni di persone pari all’8,3% della popolazione residente, è in condizione di povertà assoluta, cioè priva dei mezzi necessari per vivere con dignità. Un povero su due ha meno di 34 anni di età e, secondo *Save the Children*, i bambini poveri sono 1.268.000.

Nel 2007, vigilia della grande crisi economica, la ricchezza delle dieci famiglie italiane più facoltose era pari a quella di 3,5 milioni di poveri; dieci anni dopo, nel 1917, le stesse dieci famiglie avevano una ricchezza pari a quella di 6 milioni di poveri. Nei dieci anni recenti, economicamente i più difficili dell'ultimo cinquantennio, il patrimonio dei 6 milioni di italiani più ricchi è cresciuto del 72% mentre quello dei sei milioni più poveri è diminuito del 63%. Resta valido più che mai il passo evangelico "Come dice il proverbio, chi ha molto riceverà ancora di più e vivrà nell'abbondanza; chi ha poco, gli porteranno via anche quel poco che ha" (Matteo, 25, 29).

La disoccupazione

Nel periodo in cui sono stati varati il reddito di inclusione (Rei) introdotto dal PD e il reddito di cittadinanza (RdC) voluto dai 5 Stelle, i disoccupati in Italia si aggiravano intorno al 10% e la disoccupazione giovanile era del 35% circa.

Per gestire la disoccupazione c'erano 9.000 impiegati in 536 Centri per l'impiego regionali, molto sgangherati, che costavano allo Stato 780 milioni di euro l'anno e che usavano banche dati circoscritte alla regione per cui nessun centro conosceva la situazione delle altre regioni. In Germania, dove i disoccupati sono il 3,5%, le "Bundsagentur für Arbeit", perfettamente funzionali e informatizzate, occupano 111.000 impiegati e costano 12 miliardi l'anno. In settant'anni di vita repubblicana nessun governo ha affrontato il problema dei centri per l'impiego e l'Italia è rimasta priva di una rete preziosa non meno della rete autostradale o elettrica.

Le forze politiche in campo

Il reddito di cittadinanza è stato un cavallo di battaglia del Movimento 5 Stelle, che lo ha proposto in due legislature, difendendolo dall'attacco concentrato di tutti gli altri partiti, compresa la Lega, allora sua alleata, che lo ha votato solo per onorare il "Contratto di governo" pur dichiarandosi in disaccordo sulla validità e l'opportunità del provvedimento. Secondo le intenzioni di voto raccolte nei giorni in cui fu approvato il Decreto-legge, la Lega

aveva il 32% dei consensi; il Movimento 5 Stelle ne aveva il 27,3%; il Partito Democratico il 17,6; Forza Italia l'8,2 e Fratelli d'Italia 3,3.

Il ruolo della Chiesa

Rispetto a molti Paesi in cui è stato introdotto il RdC, l'Italia presenta la particolarità dovuta al Vaticano e alla maggiore incidenza del pensiero cattolico. Secondo l'Eurispes, il 71% degli italiani si dichiara cattolico e il 25% cattolico praticante. A questo va aggiunta la sollecitudine tutta particolare, rispetto ai papi precedenti, di Papa Francesco verso il problema della povertà. Il testo fondamentale in questo senso è l'esortazione apostolica *Evangelii Gaudium*, pubblicata il 24 novembre 2013 con cui papa Francesco attacca frontalmente la teoria e la pratica neo-liberali: "Questa economia uccide [...] Abbiamo dato inizio alla cultura dello "scarto" che, addirittura, viene promossa. [...] Gli esclusi non sono *sfruttati* ma rifiuti, *avanzi* [...] Si è sviluppata una globalizzazione dell'indifferenza".

Poveri e disoccupati

In questo contesto si svolge la vicenda del Reddito di Cittadinanza (RdC), una delle poche azioni, se non l'unica, direttamente vantaggiosa per i poveri dopo la riforma del sistema sanitario nazionale effettuata con la legge n. 502 del 1992. Ma chi è il "povero" nell'Italia postindustriale?

La povertà non va confusa con la disoccupazione perché non tutti i poveri sono disoccupati, né tutti i disoccupati sono poveri. Quando è stato approvato il Decreto-legge del 28 gennaio 2019, n.4, convertito poi nella Legge 28 marzo 2019, n. 26, "recante disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni", su 4.917.000 destinatari (pari a 1.734.932 nuclei familiari), il 40% circa (=1.998.000 individui) erano poveri interessati a trovare un lavoro mentre il 60% (= 2.919.000 individui) erano poveri non in grado di lavorare – minorenni, vecchi, inabili, ecc. – e, dunque, solo bisognosi di un sussidio per sopravvivere decorosamente.

Tutta la discussione che ha preceduto e accompagnato il provvedimento ha giocato sull'equivoca identificazione di disoccupazione con povertà. E poiché il RdC non era strutturato per eliminare la disoccupazione ma per

aiutare i poveri a sopravvivere, non ha creato posti di lavoro e gli oppositori ne hanno profittato per convincere gran parte dell'opinione pubblica che questo provvedimento, non avendo eliminato la disoccupazione in poche settimane, si è dunque dimostrato un inutile spreco di denaro pubblico così come essi avevano profetizzato. Dunque, va eliminato.

Il povero postindustriale

Un disoccupato, un occupato precario e con salario irrisorio, un minorenni, un vecchio, un inabile, un malato cronico diventa scarto sociale, quando, venuto meno anche il soccorso della famiglia e del welfare, si ritrova in uno stato di mendicizia o prossimo ad essa, per cui è condannato all'invisibilità, alla sventura assoluta, alla morte civile prima della morte fisica.

Due cose interessano ai "non-poveri" per quanto riguarda i "poveri assoluti": che questi siano docili e invisibili. La docile non-ribellione è assicurata dalla stessa povertà, che infiacchisce il corpo e offusca la mente inchiodando tutta la persona alla ricerca di risorse minime e indilazionabili, sicché non resta nessuna residua energia, nessuna ulteriore intelligenza per essere applicata a un progetto di lungo termine, dal momento che anche il medio termine è un lusso che il povero non può permettersi.

Quattro mostri

Nel corso della storia i poveri e i disoccupati sono stati trattati di volta in volta come mentecatti, come delinquenti, come pigri da punire, come indolenti da pungolare, come vittime del sistema, come pericolo per l'economia e per l'ordine pubblico, come oggetti di analisi lombrosiana o come immagini di Cristo.

Alla fine dell'Ottocento il fallimento di tutti i metodi coercitivi e l'avvento della società industriale modificarono l'atteggiamento verso la povertà: prima in Germania e poi via via in tutto l'Occidente, i governi ricorsero al welfare con l'intento di contribuire alla modernizzazione dello Stato bilanciando gli eccessi del liberismo e riducendo la conflittualità. Quando la rabbia dei poveri è domata, il welfare non serve più e gli Stati ne riducono l'incidenza sulle finanze pubbliche, abbandonando i poveri al loro destino. Il 23 febbraio 2012 il presidente

della Banca centrale europea Mario Draghi ha potuto dettare al “Wall Street Journal”, con neo-liberale orgoglio, l’epitaffio “Lo stato sociale è morto”.

Il merito del Movimento 5 Stelle è stato quello di affrontare a viso duro questa baldanza e invertire la rotta che portava alla distruzione dello stato sociale, imponendo alla pubblica opinione il problema della povertà e la necessità di risolverlo qui e ora.

Due modi di intervenire

Nella società postindustriale, per ridistribuire la ricchezza con maggiore equità, occorre adottare criteri sempre più sganciati dal lavoro, sia perché una parte crescente di questa ricchezza non è prodotta dal lavoro umano ma dalle macchine, sia perché molti cittadini non sono fisicamente in grado di lavorare, sia perché la stragrande maggioranza dei disoccupati non hanno colpa se non trovano lavoro e hanno il diritto di sopravvivere se non altro perché sono stati messi al mondo senza averlo chiesto.

Il provvedimento più radicale sarebbe il *reddito di cittadinanza* o reddito di base, universale, individuale e incondizionato grazie al quale ognuno, dalla nascita alla morte, riceve il sussidio per il semplice fatto di esistere, e lo riceve rapidamente, senza letali attese burocratiche. Ovviamente ciò appare ingiusto perché assicura la stessa cifra al ricco e al povero, a chi lavora e a chi non lavora, però i soldi in più che lo Stato spenderebbe pagando il sussidio anche ai ricchi sono ampiamente compensati dal risparmio di tempo e denaro consentito da una macchina organizzativa molto più snella, flessibile, rapida ed efficiente. Allo stato attuale questo metodo è stato applicato solo in via sperimentale in alcuni paesi come la Finlandia e la Nuova Zelanda

Il provvedimento di gran lunga più diffuso è il *Reddito di Inclusion* (RdI) o reddito minimo: il sussidio è dato solo a coloro che, oltre a essere poveri, presentano determinate condizioni di reddito, età, occupazione, abitazione, disponibilità a formarsi, a lavorare, ecc. Ognuna di queste condizioni va accertata inizialmente e periodicamente; per fronteggiare molte condizioni vanno predisposte e organizzate strutture ad hoc, dotate di strumenti adeguati e di funzionari competenti. Il tutto richiede un’imponente macchina burocratica, efficiente e costosa, la cui creazione e messa a regime richiede un tempo notevole. In Germania, come abbiamo visto, vengono impiegati 111.000 funzionari con una spesa annua di 12 miliardi.

L'adozione dell'uno o dell'altro sistema dipende esclusivamente dal modello socio-politico dello Stato, più incline alla socialdemocrazia o al neoliberalismo. Le azioni legislative poste recentemente in atto, su stimolo diretto o indiretto del Movimento 5 Stelle, sono state quattro: il progetto di legge del 23 ottobre 2013 (prima firmataria senatrice Catalfo); il Decreto legislativo 147 del 15 settembre 2017 (Gentiloni); il Decreto legislativo del 28 gennaio 2019, n.4, convertito poi nella Legge 28 marzo 2019, n. 26 (5 Stelle).

Il Decreto e la legge del 2019

A differenza di altri Paesi europei, dove esiste da anni, il reddito di cittadinanza rappresenta per l'Italia una novità assoluta. È dunque scontato che la sua introduzione vada considerata un processo *in progress*, da monitorare continuamente e continuamente migliorare. La discussione del Decreto alle Camere apportò innumerevoli modifiche confluite nella Legge 28 marzo 2019, n. 26 ma ulteriori miglioramenti furono già apportati un mese dopo, con il Decreto Crescita del 30 aprile 2019.

Durante l'iter parlamentare del Decreto e della legge gli oppositori hanno messo in sordina l'aspetto "lotta alla povertà" e hanno concentrato le critiche sulle norme riguardanti il lavoro. Con una formula lanciata da Matteo Renzi e molto corteggiata da parte dei media, il RdC avrebbe avuto un solo effetto: premiare e incentivare la pigrizia dei giovani i quali, restandosene sdraiati su un mitico divano, avrebbero fruito di fondi che – evocando, forse senza saperlo, le teorie neoliberaliste di Kuznets e di Laffer – sarebbero stati spesi molto meglio incentivando le imprese a creare nuovi posti di lavoro dai quali, per magico sgocciolamento, prima o poi avrebbero tratto profitto anche i poveri. I 5 Stelle sono caduti nella trappola e, per sfuggire a queste *fake news*, hanno incrudelito le condizioni necessarie a ottenere il RdC e, implicitamente, hanno reso più lunga e macchinosa la fase procedurale per accertarne l'esistenza caso per caso.

Costi

Il costo totale della misura per i nove mesi del 2019 che vanno da aprile a dicembre è di 6,1 miliardi. Per il 2020 il limite di spesa previsto è di 7,75 miliardi; per il 2021 è di 8 miliardi; per il 2022 è di 7,84 miliardi di euro. Ma

già quest'anno, essendo state scartate molte domande prive di requisiti, si sono risparmiati circa due miliardi.

Come si vede, si tratta di cifre molto vicine a quelle stanziare per “Quota 100” che prevedeva una spesa compresa tra i 4,3 e i 7,3 miliardi per il solo 2019. Le domande di pre-pensionamento ricevute entro il 24 ottobre sono state 184.890 e, ovviamente, riguardano lavoratori che hanno già un'occupazione e un reddito mentre il RdC consente la sopravvivenza a cittadini che versano in condizione di povertà assoluta.

Risultati

Nei primi sei mesi del 2019 sono confluite all'Inps 1.532.000 domande da parte di altrettanti nuclei familiari ma, dopo un tempestivo e scrupoloso controllo, ne sono state accolte solo 943.000 (61,5%), corrispondenti ai 2.334.000 che attualmente percepiscono il reddito. Di questi, il 40% lavora sottopagato o è disoccupato mentre il 60% non lavora e non può lavorare perché minorenni, vecchio, inabile, assistente di inabili, ecc. Tra i nuclei beneficiari, quelli con minori sono 340.000, pari al 36% di tutti i nuclei beneficiari. I nuclei con disabili sono 199.000 e rappresentano il 21%.

Trattandosi della prima applicazione del RdC in Italia, queste cifre autorizzano a parlare di successo: sia il trattamento delle domande che l'effettiva erogazione del sussidio sono avvenuti in tempo di record.

Critiche

Opposizione concentrica

Leo Longanesi diceva che “gli italiani sposano un'idea e subito la lasciano con la scusa che non ha fatto figli”. È quanto sta capitando anche all'idea del RdC, pensato per combattere la piaga della povertà, tanto più vergognosa se si espande in l'Italia, uno degli otto Paesi più ricchi del mondo, cattolica per antonomasia e membro del G8, ma cronologicamente ultima in Europa nel garantire la sopravvivenza ai poveri.

Sia in fase di discussione che di applicazione, la legge istitutiva del RdC ha subito l'attacco concentrico di tutta l'opposizione di sinistra e un'acco-

glienza meno che tiepida da parte della Lega, alleata di governo. Fuori del parlamento si sono opposte o disinteressate quasi tutte le forze di sinistra, i sindacati e perfino la Cei.

Undici critiche

Proviamo a rintuzzare alcune di queste critiche, tuttora frequenti nell'opinione pubblica.

1. *La povertà non si combatte con i sussidi elargiti dallo Stato in forma assistenziale ma investendo nella crescita economica del Paese.* Da questa deriverebbe un'espansione della ricchezza che, sgocciolando, prima o poi finirebbe per avvantaggiare anche i poveri. Bush, Reagan e la Thatcher hanno adottato questa teoria neoliberista ottenendo come effetto un disastroso aumento della povertà.

2. *Il progetto del RdC è fallito in partenza perché, rispetto alla platea complessiva, sono pochi i poveri che hanno fatto la domanda di sussidio.* Sono molti o sono pochi 2.334.000 percettori del reddito? Rapportati all'universo dei 4.917.000 poveri assoluti esistenti in Italia rappresentano il 47%, cioè una percentuale più che soddisfacente se si pensa che sono passati appena sette mesi dal lancio dell'operazione e che negli altri paesi europei, benché il RdC vi sia in vigore da anni, la quota dei destinatari che fanno domanda e ricevono il beneficio non supera il 60% dell'universo.

3. *Il RdC mette in un solo mucchio sia la lotta alla povertà, sia le politiche attive per il lavoro, mentre le due cose andrebbero trattate separatamente, con due leggi ben distinte.* Dei 4.917.000 poveri assoluti esistenti in Italia al momento in cui è andata in vigore la legge, il 60% era composto da poveri già occupati ma con bassi salari o da poveri impossibilitati a lavorare perché vecchi, minori, disabili o assistenti di disabili; ma il 40% era composto da poveri interessati a trovare un lavoro. Dunque sarebbe stato impossibile risolvere la loro situazione senza coniugare l'erogazione del RdC con politiche attive capaci di fare incontrare domanda e offerta.

4. *I Centri per l'Impiego sono carenti e disorganizzati per cui non riusciranno*

a smaltire il lavoro che gli è accollato dal RdC. Queste carenze sono ereditate dal colpevole disinteresse di tutti i governi precedenti e vanno urgentemente eliminate creando una rete fitta ed efficiente di Centri che metta l'Italia al pari con la Francia e con la Germania. La Legge n. 26/2019 è la prima che, dopo decenni, affronta questo problema e ne avvia la soluzione.

5. Troppi poveri hanno commesso errori procedurali o hanno chiesto il reddito in buona fede ma senza averne il diritto. In effetti, come abbiamo già visto, nei primi sei mesi sono confluite all'Inps 1.532.000 domande da parte di altrettanti nuclei familiari ma, dopo un tempestivo e scrupoloso controllo, ne è stato accolto il 64%. Poi altre domande sono decadute e così, alla fine, si è salvato solo il 61,5% di tutte le domande pervenute.

Dunque il reclutamento e la selezione delle domande è avvenuto con tempestività persino sorprendente rispetto alla proverbiale lentezza della nostra burocrazia, e il fatto che sia caduto il 38,5% delle domande da una parte attesta lo scrupolo con cui è avvenuta la cernita, dall'altra non desta sorpresa dal momento che molti poveri rasentano l'analfabetismo e si trovavano di fronte al primissimo lancio di un provvedimento sconosciuto.

6. Troppi "furbetti" hanno tentato di ottenere il reddito occultando astutamente la loro mancanza di requisiti. L'Italia, soprattutto il Sud, ha una storia fitta di falsi invalidi; l'intero paese ha evasori fiscali così numerosi e sfrontati che il danno erariale supera i 100 miliardi annui; la cronaca ci informa quotidianamente della sfrontatezza con cui le grandi multinazionali si rifugiano nei paradisi fiscali. Ben prevedibile, se non giustificabile, che ci siano tentativi astuti anche da parte di una minoranza di poverissimi. Importante è che la struttura organizzativa del RdC sia in grado di parare questi colpi, come ha fin qui dimostrato di saper fare. Anche per questo il ReI ha previsto pene severe e un potenziamento dell'Ispettorato del lavoro.

7. Lo Stato italiano non si può permettere un provvedimento così costoso. "Dove prenderemo i soldi?" si sono chiesti i confindustriali, i leader della destra, i conduttori televisivi, perfino il cardinale che presiede la Cei e il suo giornale quotidiano "L'Avvenire".

Dall'aprile al dicembre 2019, con una spesa di 6,1 miliardi, lo Stato italiano ha assicurato un minimo di sopravvivenza a 2.334.000 cittadini poverissimi.

Ci sono le risorse per un simile impegno finanziario? La risposta non dipende dalla ragioneria ma dalla politica; il giudizio e la decisione non toccano al ragioniere generale dello Stato ma al Parlamento. La questione è: un Paese come l'Italia, con un Pil di 1.645 miliardi di euro e con un bilancio statale che supera gli 800 miliardi può consentirsi la vergogna di cinque milioni di cittadini in condizione di povertà assoluta? Oltre all'aspetto etico vi è quello di ordine pubblico: debellando la povertà, quanta violenza si riduce? E, in fine, quanti soldi si risparmiano grazie alla riduzione dei carcerati, dei malati, delle morti precoci?

Se si ammala mio figlio non mi chiedo dove prendere i soldi per curarlo: lo porto in ospedale e poi si vedrà se ridurre le spese per le vacanze o chiedere un prestito o persino l'elemosina.

8. *In Italia manca il lavoro. Come faranno i Centri per l'impiego a offrire tre opportunità di lavoro a milioni di poveri disoccupati?* La legge prevede che i Centri per l'impiego, se e quando si scovassero posti disponibili, dovrebbero offrirli ai beneficiari del reddito che risultano più adatti a quei lavori. Il singolo beneficiario può rifiutare la prima e la seconda offerta ma al terzo rifiuto perde il RdC.

La disponibilità di lavoro non dipende né dai Centri, né dal RdC. I Centri hanno solo il compito di far combaciare al meglio la domanda e l'offerta nei casi in cui il lavoro esiste. Negli altri Paesi europei, dove i servizi per l'impiego funzionano da più tempo e molto meglio che da noi, le politiche contro la povertà riescono a trovare un lavoro stabile a non più del 25% di tutti i poveri che lo cercano.

9. *I destinatari del RdC che hanno già un lavoro ma retribuito con un salario inferiore a quanto essi percepirebbero con il reddito, di fronte all'alternativa se tenersi il posto o preferire il RdC, finiranno per scegliere la seconda opzione.*

Ma cosa c'è di male se il destinatario fa questa scelta? Finora il sussidio medio è stato di 481 euro e se il salario percepito dal beneficiario è inferiore a questa cifra, significa che si tratta di un salario di fame. In questo caso, scegliere il RdC non solo è un comportamento del tutto razionale ma è anche un modo per combattere lo sfruttamento della manodopera.

10. *Il ReI affidava la gestione del reddito ai Comuni che, per definizione, sono più vicini ai cittadini, mentre il RdC l'affida in gran parte ai Centri per l'Impiego,*

che sono più distanti. In un articolo significativamente intitolato *Per quattro poveri su dieci il lavoro non sarà la soluzione* apparso su “Repubblica” del 22 dicembre 2018, Marco Ruffolo ha scritto che, soprattutto per quei poveri che non possono lavorare – e si tratta del 60% – non basta il sussidio finanziario ma occorrono servizi reali, case, scuole, assistenza sociale, ecc. per i quali è indispensabile il ruolo del Comune. Invece il ReI attribuisce al Comune solo due compiti: certificare i senza tetto come se avessero il domicilio presso la casa comunale; gestire le 8 ore settimanali che ogni beneficiario del reddito deve offrire al proprio Comune di residenza per lavori utili.

Ma poi è lo stesso Ruffolo che fornisce il motivo per cui il RdC ha preferito affidare la gestione ai Centri per l’Impiego regionali piuttosto che ai Comuni: “Oggi, accanto a non poche esperienze positive, ci sono ancora scandalose carenze, soprattutto al Sud. In Calabria la quota dei Comuni con servizi di assistenza sociale è di appena il 19%, in Campania del 32% contro una media nazionale del 61. Il sostegno socio-educativo territoriale è offerto al Nord da oltre il 40% dei municipi, al Sud dal 20. E poi ci sono servizi che stentano a funzionare in tutta Italia, come l’assistenza domiciliare socio-assistenziale, attivo solo nel 38% dei casi, o come il pronto intervento sociale, disponibile solo nel 2,3%. C’è insomma nel welfare comunale, e non solo in quello, un grande buco di cui però non si parla”.

È proprio in base a queste considerazioni che la legge del RdC ha optato in favore di un potenziamento dei Centri per l’impiego.

11. Invece di creare il Reddito di Cittadinanza, era più conveniente conservare, potenziandolo, il Reddito d’Inclusione voluto dal governo Gentiloni e già erogato a partire dal gennaio 2018. A ben vedere, il RdC è proprio un proseguimento, completamento potenziamento del ReI. Del resto non poteva essere altrimenti, dal momento che entrambi sono una filiazione del progetto Catalfo elaborato cinque anni prima.

Occorre ammettere che il ReI, lanciato in fretta e furia dal PD per sottrarre ai 5 Stelle un loro cavallo di battaglia, non regge al paragone con il RdC. Il ReI partì in modo più approssimativo e frettoloso e fu applicato in maniera ancora più pasticciata, rinunciando persino, per carenza di tempo e di strumenti, ad accertare alcuni requisiti dei postulanti. Poiché, infatti, i comuni non riuscivano a verificare per ciascun beneficiario il possesso reale delle condizioni richieste, a un certo punto, pur di evadere le pratiche, ci si è limitati a controllare solo i limiti economici.

Il ReI si rivolgeva solo a 1,8 milioni di poveri mentre il RdC riguarda la totalità dei 4.917.000 poveri assoluti. In nessuno dei primi sei mesi di applicazione il ReI riuscì mai a raggiungere i 400.000 nuclei familiari mentre il RdC, nel suo primo semestre ha raggiunto 955.000 nuclei. L'importo medio mensile del ReI è stato di 293 euro; quello del RdC è stato di 482 euro.

Bruno Caruso

Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)

Sommario: **1.** Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale. **2.** La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti. **3.** La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani. **4.** Il merito delle ordinanze: "il grano e l'oglio" nell'ordinanza Europea del Tribunale di Milano. **5.** La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali. **5.1.** Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale. **5.2.** La questione di pregiudizialità europea. **6.** Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediale della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore. **6.1.** Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare. **6.2.** Il licenziamento per ragioni economiche. Per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario. **6.3.** Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale.

1. Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale

Non era difficile prevedere che la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018¹ non avrebbe posto la parola fine alla critica giurisprudenziale (e dottrinale) diffusa nei confronti di quel vero e proprio simbolo delle ri-

¹ La sentenza 194/2018 (del tipo abrogativo semplice, non additiva, né manipolativa) contiene, notoriamente, una motivazione molto lunga, articolata e densa anche perché si confronta, puntualmente, con l'ordinanza di remissione del Tribunale di Roma (B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, 2, p. 483 ss.) altrettanto complessa.

forme renziane del lavoro che è il contratto a tutele crescenti². Si tratta di un provvedimento ormai accerchiato da più parti: dalla politica, che già ne annuncia una nuova modifica³; dallo stesso legislatore che ne ha operato una

² I commenti dottrinali alla sentenza della Corte costituzionale sono ormai numerosi e non è, dunque, possibile riferirne in dettaglio; alcuni di essi si assestano sulla medesima posizione e utilizzano, a volte, le stesse argomentazioni. Sostanzialmente essi possono raggrupparsi in tre categorie, all'interno delle quali si evidenziano sfumature diverse di accenti e di dettaglio non certamente trascurabili per *esprit de finesse* e conseguenti ricadute: alla fine sono proprio queste sfumature che identificano il soggettivo apporto del commentatore, ma non è possibile darne conto, come sarebbe, invece, dovuto in un commento disteso dedicato soltanto alla sentenza. Una prima posizione è di condivisione, il che non esenta l'autore da qualche critica; pur in un contesto argomentativo di plauso della complessiva e articolata posizione della Corte, la dichiarazione di forte empatia e condivisione, tuttavia, non esime il commentatore da evidenziare alcuni tratti di criticità (la parte vuota del bicchiere mezzo pieno): si tratterebbe, secondo questa posizione, di un importante segnale (una vera svolta) nel percorso di un recupero assiologico della disciplina. Il che non avrebbe impedito, sulla base di ulteriori argomenti critici non utilizzati dalla Corte, un ulteriore sforzo demolitivo con riguardo soprattutto alla distinzione tra discipline e regimi protettivi in ragione del tempo. Da tale posizione si distingue quella simmetricamente contraria: si mettono in rilievo soprattutto le contraddizioni, o lo scarso coraggio della sentenza; soprattutto oggetto di critica è l'argomentazione consequenzialista non portata fino in fondo in termini di verifica effettiva, mediante la quale – a prescindere dai richiami ai propri precedenti sul *fluire* del tempo – la Corte giustifica la distinzione tra il prima e il dopo con l'obiettivo di incremento occupazionale che l'alleggerimento del regime rimediabile avrebbe dovuto produrre. Si tratterebbe pertanto di un'occasione perduta per una demolizione più strutturale delle tutele crescenti, anche se, in questa prospettiva, si evidenzia che la sentenza potrebbe produrre ulteriori effetti abrogativi inerziali a probabile geometria variabile su altre disposizioni del d.lgs. 23/2105 che prevedono analoghi dispositivi automatici, in primo luogo l'indennizzo nelle imprese minori. Alla fine, comunque, secondo questa posizione, la sentenza 194 realizzerebbe un'operazione timida e reticente che lascia evidenti spazi a chi intende continuarne la demolizione, pur riconoscendosi che un primo passo è stato compiuto (il bicchiere mezzo vuoto). Infine, una posizione, a volte moderatamente, a volte più radicalmente, critica, ma di segno opposto alla precedente, nel senso dell'inopportunità di merito della sentenza anche per gli effetti di ulteriore complessificazione del quadro regolativo che essa produrrebbe e con riguardo soprattutto all'effetto di aumento dell'incertezza del costo economico del licenziamento, nella misura in cui si ripristinerebbe una discrezionalità giudiziaria, per molti aspetti, imprevedibile (secondo altri questo effetto non si dovrebbe produrre in ragione del riferimento ai criteri di quantificazione che la stessa Corte richiama nella motivazione ma non nel dispositivo). È evidente che questa posizione critica scaturisca invece da un giudizio positivo su una riforma che si considera(va) bilanciata e agganciata soprattutto al valore preminente della certezza del diritto. Addirittura, in tal senso, secondi alcuni la sentenza della Corte sarebbe affetta da provincialismo.

³ Non risulta che nel programma dell'attuale compagine governativa “giallo rossa” ci sia un organico progetto di riforma delle tutele crescenti anche per la presenza nella maggioranza

prima riforma – con il decreto dignità – ampliando il *range* del risarcimento possibile (da un minimo di 6 a un massimo di 36 mensilità)⁴, riforma che aveva già anticipato, quasi in contemporanea, la medesima pista correttiva su cui si è inserita anche la Corte costituzionale; dalla Corte di cassazione che ha inteso “appiattare” il significato di fatto materiale contestato (con onere della prova a carico del lavoratore) sulla nozione giurisprudenziale di insussistenza del fatto, inteso nel senso di irrilevanza disciplinare ancorché materialmente sussistente⁵; e ciò secondo quanto già stabilito dalla stessa Suprema Corte per l’art. 18 versione Fornero⁶. Soprattutto dalla Corte costituzionale, con la citata sentenza 194, che si è confrontata non solo con una disposizione contingente (con effetto di riscrittura per sottrazione dell’art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23/2015), ma che ha inteso inviare un messaggio al legislatore che costituisce una “pietra miliare” sull’equilibrio indefettibile tra la sovrastruttura valoriale del diritto, e del diritto del lavoro in particolare, e le contingenze strutturali, importanti ma pur sempre tali, dell’economia.

Un segnale forte la Consulta lo ha inviato anche sul rapporto tra potere del legislatore e discrezionalità giudiziaria da preservare sempre, ma soprattutto in ragione del potere di adattamento, in termini di giustizia ed equità, della decisione alla concreta situazione che solo il giudice può esercitare⁷.

di deputati vicini al *leader* che si è intestato la riforma del *Jobs Act* nella passata legislatura; è pertanto probabile che un eventuale intervento si ridurrebbe ad anticipare l’eventuale sentenza della Corte di giustizia con riguardo ai licenziamenti collettivi, oggetto della questione di pregiudizialità (*infra* § 4).

⁴ Art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96.

⁵ Si v. Cass. 8 maggio 2019, n. 12174. Per un commento parzialmente critico, sin d’ora, si v. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione* (nota a Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, Cass. 9 maggio 2019, n. 12365 e Cass. 28 maggio 2019, n. 14500), in *DRI*, 2019, 3, p. 946 ss. Pure PISANI, *Sussistenza in astratto e insussistenza in concreto della giustificazione del licenziamento: nuovo criterio di distinzione tra comma 4 e comma 5 dell’articolo 18?* (nota a Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027), in *DRI*, 2019, 3, p. 954 ss.; AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato* (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300) *versus fatto materiale contestato* (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 20), in *ADL*, 2017, 4-5, p. 890 ss.; SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

⁶ Il *leading case* è costituito da Cass. 20 settembre 2016, n. 18418.

⁷ In termini più strettamente tecnici riferiti agli effetti applicativi della sentenza, giustamente, una puntuale e attenta dottrina (NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la*

Al di là dell'effetto abrogativo della norma sull'automatismo dell'indenizzo/risarcimento (la Corte, si è notato, non distingue), la sentenza produce come risultato l'eliminazione di ogni possibilità, anche per il futuro, che il legislatore possa tornare indietro, introducendo nuovamente regole che traducano meccanicamente in norme le ragioni dell'economia, bypassando il potere di aggiudicazione della magistratura⁸; in questo caso l'inversione di tendenza rispetto a ripetuti e meno efficaci tentativi legislativi – si pensi al Collegato lavoro – di imbrigliare la discrezionalità giudiziale, è oltremodo evidente e in linea con un tendenziale disfavore della Corte costituzionale nei confronti di operazioni legislative di rigida forfettizzazione⁹. Inoltre, la Corte approfitta pure per ricordare – anche se in questo caso il risultato è oggetto di diffuse critiche di “poco coraggio”¹⁰ – che il rimedio contro il

sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale, in *LD*, 2019, 2, p. 293 ss.) fa notare che non si può parlare di personalizzazione del danno, posto che la Corte richiama i parametri legali, a cui il giudice dovrebbe in ogni caso riferirsi come canone direttivo del giudizio di adattamento, fissati in varie norme: art. 8 della l. n. 604/1966; lo stesso comma 5 dell'art. 18. Coglie il punto MARCESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, 1, p. 228 ss., che avanza personali consigli interpretativi inviati a chi dovrà applicarli.

⁸ Lo sottolinea correttamente NOVELLA, *op. cit.*

⁹ In un intervento molto equilibrato a commento della sentenza n. 194/2018, CESTER (*Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, 2, p. 164) cita i precedenti in tal senso della Corte costituzionale: C. Cost. 19 aprile 2018, n. 77, in materia di spese processuali, e C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, sulla indennità forfettaria per il caso del contratto a termine illegittimo.

¹⁰ Ma in questo caso CESTER, *op. ult. cit.*, p. 173, ha fatto argutamente notare che la Corte più di questo non poteva fare: non poteva riproporre la reintegra come orizzonte costituzionale necessario se non al prezzo di smentire se stessa (C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46); ciò in ragione del fatto che la *property rule* (il diritto alla reintegra) non è stato costituzionalizzato [con chiari argomenti spiega il perché ARNONE, *La giustizia e l'efficienza nelle tutele contro il licenziamento*, 2016 <https://www.pietroichino.it/?p=53204>] e, volenti o nolenti (ma *contra* già ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 4, p. 619 ss.; ID. *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, I seminari della Consulta giuridica CGIL, n. 2, Ediesse, 2019, p. 101 s.; sullo stesso filone di pensiero SARACINI, *op. cit.*, pp. 14 e 72 ss.), i regimi legali di tutela di altri paesi europei si assestano su una *liability rule* più o meno intensa (si v. sin d'ora la seria ricerca comparata a cura di PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014). Ciò ancorché in deroga ai principi di diritto comune dei contratti che, all'illegittima rottura del vincolo negoziale, fanno seguire la riparazione, se non sempre in forma specifica, tendenzialmente *per integrum* (è la posizione critica, molto ben argomentata, di L. ZOPPOLI, *Il licen-*

licenziamento non può scendere sotto una certa soglia senza mettere in discussione la stessa portata riparatoria e quindi l'effettività della tutela rimediabile apprestata. Onde la forte valorizzazione del diritto sovranazionale sulla effettività e dissuasività del rimedio – concetti che rinvierebbero in effetti a tecniche regolative diverse¹¹ – con il riferimento, più per ragioni di equilibrio ordinamentale delle fonti¹² che di merito dei disposti normativi, dell'articolo

ziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta, in *DRI*, 2019, 1, p. 277 ss.). Tutto ciò posto, secondo Cester, il combinato disposto tra l'intervento del legislatore e la norma di risulta, dopo l'intervento abrogativo della Corte, finirebbe per costituire una norma incostituzionale creata dalla stessa Corte, dato che non si giustificerebbe una tutela sino a un massimo di 24 mesi per i licenziati in regime Fornero e sino a 36 mesi per i licenziati in regime di *Jobs act* (per certi versi ancora più forte rispetto al regime di reintegrazione attenuata con esercizio del diritto di opzione 12+ 15, ben al di sotto del tetto delle 36 mensilità), con la differenza tuttavia non di poco conto, trascurata dall'Autore, che solo nel primo caso almeno la quota dell'opzione è certa, a disposizione della parte, e non modulabile dal giudice.

¹¹ Si rinvia alla proposta di L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 293 ss. Finalizzata a valorizzare la riparazione integrale del danno pure SARACINI, *op. cit.*

¹² La Corte Costituzionale aderisce all'approccio restrittivo della Corte di giustizia sull'art. 30 della Carta di Nizza, secondo LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo?*, in *RGL*, 2019, 2, p. 343 ss.; ID. *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 761 ss.), volutamente tirato da quest'ultima in ballo ogniqualvolta si tratta di diritti sociali, per cui la protezione contro il licenziamento deducibile dall'art. 30 della Carta, pur rientrando astrattamente nella competenza dell'unione Europea (art. 153, § 4, del TFUE), non sarebbe richiamabile per sindacare la conformità europea di norme domestiche in virtù dell'art. 51, primo comma, della CDFUE, che limiterebbe il richiamo diretto negli ordinamenti nazionali, per la mancanza di una disciplina europea di attuazione. L'argomento è contestabile [si v. PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, in MASTROIANNI, POLLICINO, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 570 ss; pure ALES, *La dimensione ‘costituzionale’ del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT - 129/2016; BALLESTRERO, *A proposito di rimedi: l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, 3-4, p. 495 ss.] sulla base della semplice constatazione (e anche non scomodando la dottrina dei poteri impliciti o dell'effetto utile) che non sono poche le direttive che si occupano di licenziamento: divieto di licenziamento in occasione di rifiuto del part-time o di trasferimento di azienda, o divieto di licenziamento per ragioni discriminatorie o di tutela della maternità; ma pure in ragione del fatto che la stessa ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma si occupava del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, in molti ordinamenti europei, è unificato sotto l'egida del licenziamento per ragioni economiche e che, nella forma del licenziamento collettivo, è notoriamente oggetto di una delle prime direttive di armonizzazione sociali, di cui si occupa per altro il Tribunale di Milano, che solleva la questione di pregiudizialità (*infra* § 4 ss.)

24 della Carta sociale¹³ piuttosto che dell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali¹⁴.

La Corte costituzionale in perfetta sincronia, anche cronologica, con il legislatore del decreto dignità ha, dunque, con la sua sentenza, concluso l'opera di parziale demolizione a partire proprio da dove lo stesso legislatore del decreto dignità non aveva invece osato intervenire; vale a dire sulla rigidità, a tutto scapito della giustizia nel caso concreto, della determinazione del quantum: tra il valore della certezza del costo del licenziamento e la giustizia rimediale ancorata all'equità in concreto, la Corte sceglie quest'ultima. Tra Blanchard e Gadamer, o Paolo Grossi¹⁵, la Corte opta per il filosofo o lo storico e non per l'economista.

Nel complesso, con riguardo al ruolo giocato dalla Corte nella saga costituzionale molto italiana del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo¹⁶, si tratta forse di una sentenza che si arruola, ma con toni

¹³ Sottolinea correttamente l'importante valorizzazione, per la prima volta in Italia, dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte della Corte costituzionale nella sentenza 194/2018 (ma anche in C. Cost. 13 giugno 2018, n. 120, sulla libertà di associazione sindacale nelle forze armate), LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019, p. 2 ss. Una forte rivalutazione anche contenutistica della Carta sociale anche in FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in *WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT - 132/2016*.

¹⁴ Sul punto del richiamo alle norme internazionali e sovranazionali si sofferma ampiamente ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., che giustifica in qualche modo la posizione della Corte sulla base di un argomento di ragion pratica: vale a dire che il giudizio di costituzionalità condotto alla luce dell'art. 30 CDFUE poco aggiungerebbe al giudizio fondato sull'art. 24 della Carta sociale, norma più ricca di indicazioni in merito al regime sanzionatorio. Critica invece su questo passaggio della sentenza è BALLESTRERO (*La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, 2, p. 255 ss.), in ragione dell'argomento che in gioco verrebbe, piuttosto che la questione della "porta di ingresso" in carenza di diritto derivato, quella del primato del diritto europeo (in particolare di una disposizione della Carta). Posizione in astratto condivisibile, salvo il fatto che tale primato, una volta acquisito, giustifica pure che la Corte di giustizia, sulla base di quel principio, sia poi legittimata a mettere "i piedi (non della misura di Cenerentola) nel piatto" anche dei nostri principi costituzionali, fatti salvi i, teorici, controllimiti (la citazione è tratta da BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, p. 371 ss.).

¹⁵ È del grande storico del diritto, Presidente emerito della Corte costituzionale, l'idea del diritto come *invenzione* prodotta attraverso l'attività di concretizzazione tarata sul caso da risolvere, attraverso l'adattamento della norma al fatto della vita: GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, p. 125 ss.

¹⁶ La ripercorre, cercando di evidenziare le contraddizioni di tale percorso, FONTANA, *La*

certamente sommessi ed eleganti, nel filone di protagonismo politico, se non proprio di “suprematismo giudiziale”, inaugurato da tempo dalla Corte e criticato di recente dalla dottrina gius-costituzionalistica in chiave di “sconfinamento politico”, non certo unanimemente¹⁷. Ma il gioco, c’era da aspettarsi, non si è chiuso con la sentenza della Corte.

2. *La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti*

Le critiche alla riforma Renzi si sono concentrate sul regime rimediale; la riforma, notoriamente, ha solo indirettamente e di riflesso riguardato la fattispecie così come del resto il precedente della riforma Fornero¹⁸. Si tratta di un sistema che ha fortemente e irragionevolmente indebolito la soluzione – *ex post* giudicabile intermedia ed equilibrata – della precedente riforma attuata con la l. n.92/2012, tutta interna e non alternativa all’art. 18. E che soprattutto interviene in una fase in cui la stessa giurisprudenza invia segnali, a volte squilibrati, di riassetto dei contenuti della stessa fattispecie giustificativa del licenziamento (la giusta causa e il giustificato motivo oggettivo) in senso diametralmente opposto a quel che avveniva al tempo del c.d. paternalismo giudiziario¹⁹: si pensi alla forte e indiscriminata rivalutazione, a favore del datore di lavoro – specie in alcuni settori²⁰ – del rapporto

Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 382/2018.

¹⁷ Spiega con dovizia di riferimenti culturali il termine suprematismo, adattato alla posizione recente della Corte su varie questioni, MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in QC, 2109, 2, p. 251 e ivi la pronta replica di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Sul%20ruolo%20della%20Corte%20costituzionale.pdf>; si veda pure, a giustificazione storica e politica della posizione “evolutive”, “creativa” e di “attivismo giudiziario” della Corte, CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in QC, 2019, 4, p. 777 ss.

¹⁸ Sulle ricadute delle modifiche rimediali sulle fattispecie legittimanti il licenziamento, già TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in ADL, 2015, 4/5, p. 801 ss.

¹⁹ B. CARUSO, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro che cambia*, di prossima pubblicazione negli Atti del convegno, tenutosi a Firenze il 20 e 21 settembre 2019, *Valori e tecniche del diritto del lavoro*.

²⁰ Si rinvia a MURENA, *Fiducia e subordinazione. Il lavoro bancario*, Giappichelli, 2017.

di fiducia soggettiva; onde l'asseverata rottura giustificerebbe il licenziamento "a prescindere" e al di là delle complessive condizioni di contesto che suggerivano un tempo valutazioni più ragionate e temperate²¹; ovvero alla rimodulazione del giustificato motivo oggettivo con attenzione maggiore all'interesse di impresa e alle c.d. ragioni "egoistiche" – meno moralisticamente – di profitto ed efficienza aziendale²².

Gli storici ci diranno se il contratto a tutele crescenti ha avuto soprattutto il significato di un messaggio simbolico, consequenziale all'avventuristica scelta di mettere nell'angolo le organizzazioni sindacali praticando la disintermediazione sul piano politico, sociale oltre che giuridico; onde, soprattutto, l'eliminazione della fattispecie di reintegrazione debole affidata alla valutazione di proporzionalità della contrattazione collettiva²³ (e posto che, nel mondo delle imprese, non si considerava, in quella fase, certo urgente un nuovo intervento sull'art. 18). Ovvero se si è trattato di una sorta di resa di

²¹ Contro l'utilizzo della fiducia nel contratto e nel rapporto di lavoro come semplificato modo di ragionare della giurisprudenza, già NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, 116, p. 622 ss. Al contrario della previsione dell'Autore circa un progressivo superamento del ricorso alla fiducia, la giurisprudenza ha semmai accentuato le semplificazioni ivi denunciate, arrivando a soluzioni abnormi, sino al punto di giustificare il licenziamento in seguito a un comportamento di un lavoratore in una procedura sindacale interna di nomina di RSA, comportante riverberi nella relazione fiduciaria, per le sue modalità – presunta falsificazione di un verbale sindacale – sino al punto da giustificare il licenziamento per venir meno dell'affidamento futuro (ove il probabile comportamento futuro non affidabile, in tutta probabilità, sarebbe stata l'attività sindacale del lavoratore licenziato): si v. TEBANO, *Costituzione di RSA: a chi spetta controllare la regolarità del procedimento?*, nota a Trib. Termini Imerese, 16 febbraio 2018, in *DRI*, 2018, 4, p. 1235. Sul discutibile e corrivo recupero dell'elemento fiduciario anche nell'apprezzamento dell'addebito al fine di valutare la rilevanza disciplinare del comportamento, Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027, con nota di PISANI, *op. cit.*; pure Cass. 15 ottobre 2019, n. 26023.

²² Notoriamente il punto di svolta in tal senso viene considerata Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, anche se in effetti non si tratta di vero e proprio cambiamento ma certamente di oscillazione del pendolo della giurisprudenza della Cassazione a favore di un riempimento della classe (utilizzando la concettualizzazione di PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit.) giustificato motivo oggetto, con una sequela di motivi (sottoclasse) che tengono più in considerazione le ragioni economiche e organizzative dell'impresa piuttosto che del lavoratore. Da quella sentenza la giurisprudenza della Suprema corte di Cassazione si è in maggioranza orientata su questa posizione, giustificando per esempio il recesso anche per maggiore efficienza gestionale e aumento della redditività: da ultimo, Cass. 11 novembre 2019, n. 29099; Cass. 28 marzo 2019, n. 8661, sul *Giustlavorista.it*. Sul tema si v. il volume del gruppo Freccia rossa, a cura di PERULLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

²³ *Infra*, § 6 e ss.

conti finale tra i “falchi”, teorici della riduzione del licenziamento a una scelta aziendale suscettibile soltanto di valutazione in termini costo/opportunità e di relativo equilibrio; e colombe, favorevoli a un compromesso giuridico, comunque ragionevole, tra le esigenze aziendali di governare, entro un quadro anche di certezze economiche oltre che normative, le dinamiche di flessibilità in uscita e altrettanto legittime esigenze di protezione del lavoratore non solo nel mercato ma anche nel rapporto. Ciò anche per non obliare del tutto la valenza sistemica (anche di tutela sindacale effettiva) del rimedio contro il licenziamento illegittimo, e dalla sua portata dissuasiva, non solo di quello odioso e quindi nullo, perché discriminatorio, ma anche di quello semplicemente illegittimo e dunque annullabile perché non sufficientemente o irragionevolmente giustificato.

La Corte costituzionale, lo fa intendere tra le righe²⁴, si mostra consapevole che la rottura del contratto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro, e soprattutto con riguardo a situazioni di inadempimento e non di impossibilità sopravvenuta²⁵ ha effetti comunque traumatici²⁶, sulla controparte anche quando dotata di un certo potere negoziale altrimenti non si giustificerebbe la tutela apprestata dalla giurisprudenza e dalla contrattazione collettiva in termini di valutazione di giustificatezza anche al licenziamento del dirigente che il legislatore invece ritiene sottratto, tranne che per la fattispecie della nullità, al controllo causale. Ciò perché il contratto di lavoro non è un mero contratto di statico scambio tra poste patrimoniali (energie *v.* retribuzione); è invece un contratto relazionale che implica il coinvolgimento della persona e della sua dignità e sicurezza nel tempo²⁷; si tratta di beni spesso

²⁴ Sicuramente nei punti 9.1. e 11 della pronuncia; si legge in quest'ultimo punto: “In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio”.

²⁵ La Corte non sempre coglie questa distinzione della fattispecie di licenziamento su cui, allo scopo della giustificazione della differenziazione dei rimedi, invece insiste, in modo persuasivo, PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, cit.; ID., *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *DLRI*, 2014, 1, p. 3 ss.; pure B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

²⁶ È la lettura della motivazione della sentenza di PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo* http://www.treccani.it/enciclopedia/il-valore-del-lavoro-e-la-disciplina-del-licenziamento-illegittimo_%28altro%29/; più critica, in termini di insufficienza di motivazione e di effetti abrogativi, invece, per questo profilo, BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura*, cit.

²⁷ B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo*

vulnerati dal fatto stesso della rottura del contratto, al di là della motivazione che la sorregge, e quindi dalla perdita del posto di lavoro che ne deriva, a cui nessuna indennità o ausilio di disoccupazione per quanto alta e duratura può porre rimedio effettivo: il licenziamento, soprattutto quando motivato non da ragioni di razionalità ed efficienza aziendale, ma da fatti e comportamenti di addebito soggettivo, è in sé un trauma di cui il diritto deve farsi carico e non solo in ragione delle sue conseguenze

3. *La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani*

Proprio in questo filone di pensiero – che potrebbe preludere a futuri rimaneggiamenti del contratto a tutele crescenti (*infra*, § 6) – si inseriscono l’ordinanza del Tribunale di Milano del 5 agosto 2019 (est. Pазienza) con cui si solleva la questione di pregiudizialità europea davanti alla Corte di giustizia²⁸ salutata con favore da un comunicato della Filcams e della

e industria 4.0, in *DLRI*, 2108, 1, p. 106; sui cambiamenti del diritto del lavoro, in generale, si rinvia all’ampia disamina di PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, cap. XXIV.

²⁸ Interessante in generale, a proposito dell’attitudine dei giudici italiani a fare riferimento nelle loro decisioni alla Carta di Nizza, considerando tale fonte come parte integrante del sistema legale, lo studio statistico di SCIARRA, GOLIA, *Italy: New Frontiers and Further Developments*, in corso di pubblicazione in Bobek, Prassl (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart/Bloomsbury, dal quale si evince una maggiore propensione delle corti di ultima istanza a fare riferimento alla Carta rispetto a quelle di prima istanza, comprese le giurisdizioni amministrative – che vi fanno meno riferimento – nettamente superate comunque dalla Corte Costituzionale. Tra il primo dicembre del 2009 e il 13 dicembre 2018, periodo di riferimento del *report*, la Carta di Nizza è stata invocata dalla Corte in 110 su 2.761 decisioni, pari al 3,984% dei casi. Le questioni pregiudiziali del Trib. di Milano sono massimate in *DRI*, 2019, 4, con breve commento critico di FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine “stabilizzato”*: il *Jobs Act* viene rinviato alla Corte di giustizia europea, p. 1: “1) Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 della direttiva 99/70/CE sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell’art. 1, secondo comma e dell’art. 10 del D.lgs 23/15 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono

Cgil²⁹; e la, ancor più eclatante, doppia ordinanza della Corte d'appello di Napoli 27 novembre 2019 (Presidente Diani, est. Pezzullo)³⁰ che solleva contemporaneamente³¹ – per motivi in parte identici, in parte adattati anche lessicalmente – una nuova questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale basata su due motivi³² e ben quattro questioni di pregiudizialità

previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015"; 2) "Se le previsioni contenute negli artt. 20 e 30 della Carta dei diritti e nella direttiva 98/59/CE ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'art. 10 del d.lgs. 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione". Per un commento favorevole, invece, DE MICHELE, *L'ordinanza del Tribunale di Milano sull'incompatibilità del Jobs act con la normativa Ue dei licenziamenti collettivi*, in *LG*, 2019, I, p. 1022 ss.

²⁹ Cfr.: *Jobs Act: Cgil, Tribunale di Milano rinvia a Corte giustizia europea disciplina licenziamenti collettivi*, pubblicato il 19/08/2019, in <http://www.cgil.it/jobs-act-cgil-tribunale-di-milano-rinvia-a-corte-giustizia-europea-disciplina-licenziamenti-collettivi/>.

³⁰ Per quel che consta ancora inedite.

³¹ Così tecnicamente nel provvedimento: "La Corte dispone ai sensi dell'art. 23 comma 2 della legge 11 marzo 1953 n. 87 la trasmissione degli atti di causa alla Cancelleria della Corte Costituzionale. Dispone con separata ordinanza, per i motivi ivi indicati, la trasmissione degli atti alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE". Nel leggere in parallelo il testo delle due ordinanze, e il meccanismo dei rinvii interni, sembrerebbe invertito l'ordine con cui la Corte d'appello napoletana presenta il rinvio (prima alla Corte costituzionale e poi alla Corte di giustizia); sembra infatti che la Corte d'appello prima abbia formulato la questione di pregiudizialità e poi su quel tracciato abbia adattato la parallela questione di costituzionalità.

³² La Corte di appello solleva due questioni di costituzionalità. La prima più rilevante nel merito "Sulla non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 10 del d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23, sia unitariamente che nel combinato disposto con l'art. 3 del d.lgs. 23/15, con riferimento agli articoli 3, 10, 35, 2° co. e 111, 1° co, Cost., nella parte in cui, irragionevolmente, introducono in violazione dei vincoli derivanti dall'adesione all'Unione Europea e ai trattati internazionali, un concorrente regime sanzionatorio inefficace rispetto al danno subito con la illegittima perdita del posto di lavoro e con attenuata efficacia deterrente del licenziamento illegittimo, intimato per violazione dei criteri di scelta in una stessa procedura attuativa della direttiva 98/59/CE in contrasto con l'art. 24 della Carta Sociale Europea, con l'art. 30 della Carta dei

davanti alla Corte di giustizia europea³³. Anche in tal caso il plauso della Cgil, attraverso un comunicato, non si è fatto attendere³⁴. A conferma dell'assedio a cui sono sottoposte le tutele crescenti anche il Tribunale di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale ma su questione diversa³⁵.

Occorre subito premettere che tutte le ordinanze su cui si concentra questo saggio – così come già l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha dato luogo alla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale – assumono una prospettiva olistica del licenziamento e dei suoi rimedi. Non c'è alcuna distinzione tra licenziamenti per ragioni soggettive e per ragioni oggettive; c'è una critica, non troppo velata, all'approccio dello spezzettamento rimediabile già della Fornero; si contesta chiaramente il modello regolativo del legislatore che considera la reintegra ipotesi residuale e il risarcimento ipotesi di *default*³⁶. Il paradigma olistico consente ai giudici rimettenti l'unitarietà di approccio e la coerenza argomentativa interna, ma ne costituisce, come si dirà, una intrinseca debolezza, sia in termini di *policy*, sia in termini di valutazione di coerenza con i principi costituzionali ed europei "supremi".

Le ordinanze in oggetto assumono, in ogni caso, un significato che va al di là del merito delle questioni di costituzionalità e di pregiudizialità eu-

diritti fondamentali dell'Unione Europea con riferimento anche agli artt. 20 e 21 e 47 del medesimo trattato". La seconda per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost.

³³ *Infra* § 5.

³⁴ Si v. *La Corte di appello di Napoli «boccia» il Jobs Act*, in <https://www.rassegna.it/articoli/licenziamenti-la-corte-di-appello-di-napoli-boccia-il-jobs-act>.

³⁵ Mentre si completava il saggio, da fonte giornalistica si è appresa la notizia secondo cui pure il Tribunale di Bari (ordinanza del 18 aprile 2019, Gazzetta Ufficiale del 4 dicembre 2019) ha sollevato – come c'era invero da aspettarsi dopo la sentenza 194 della Consulta – la questione di legittimità costituzionale delle tutele crescenti, con riguardo al risarcimento con calcolo automatico per i vizi della motivazione e le violazioni procedurali. In proposito si v. FALASCA, *Licenziamenti altro rinvio alla Consulta*, Il sole 24 ore, 11 dicembre 2019, "in primo luogo, il tribunale di Bari rileva un possibile contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, in quanto il meccanismo di calcolo automatico del risarcimento ancorato alla sola anzianità è identico a quello contenuto nella prima versione dell'articolo 3 e poi dichiarato incostituzionale [...]. Inoltre, la norma sarebbe in conflitto con il principio di ragionevolezza, perché – al pari del sistema contenuto nell'articolo 3 – il meccanismo del calcolo automatico non viene giudicato adeguato a prevenire i licenziamenti carenti di motivazione oppure affetti da vizi di forma".

³⁶ Forte propugnatore di questa tesi è, come noto, Arturo Maresca, che l'ha sostenuta in vari interventi ma pure la dottrina critica propugnatrice dell'approccio monista. Si tratta di una tesi condivisa, esplicitamente e con dovizia di argomentazioni, da un importante intervento delle Sezioni Unite della Cassazione: Cass., SS. UU., 27 dicembre 2017 n. 30985, sulla violazione del principio di immediatezza.

ropea sollevate e concentrate sul sistema rimediabile nell'ipotesi di licenziamenti collettivi, di cui si dirà nel merito (*infra* § 4 e 5). Il Tribunale di Milano e la Corte d'appello di Napoli si schierano a favore della tesi secondo la quale è riservato al giudice nazionale il ruolo di giudice europeo il quale può – senza passare necessariamente dal vaglio di costituzionalità accentrato della Corte costituzionale – sollevare prioritariamente, quando ne ricorrano le condizioni, una questione di pregiudizialità europea. E ciò non soltanto quando occorre interpretare il reale significato di una disposizione dell'ordinamento europeo in relazione a una disposizione domestica sospetta di contrarietà a essa. Ma anche quando la medesima disposizione sia sospettata di infrangere contemporaneamente diritti protetti dall'ordinamento europeo e diritti che ricadono pure sotto l'ombrello protettivo della Costituzione italiana: la c.d. doppia pregiudizialità. Entrambi i giudici di merito si appoggiano sulla Corte UE in *Global Starmed Ltd*³⁷ e aderiscono alla tesi giusta la quale le garanzie apprestate dalla Carta di Nizza, insieme a quelle della Costituzione italiana, finiscono per generare un concorso di rimedi giurisdizionali che arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e che dunque, per definizione, esclude ogni preclusione in ragione del fatto che i giudici devono comunque scandagliare la “migliore” tutela dei diritti che l'ordinamento integrato offre anche in ossequio di una certa interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza (il principio della concorrenza delle tutele sancite nelle varie carte e del massimo livello di protezione possibile dei diritti)³⁸.

³⁷ C. Giust. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starmed Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*. In realtà il Tribunale di Milano dedica al pronunciamento della CGUE ampio spazio (pag. 29; pag. 45 ss.), mentre la Corte d'appello di Napoli si limita a richiamarla nel punto 23, citando però l'ancora più recente sentenza della Grande camera, C. Giust. 24 ottobre 2018, causa C 234/17, *XC, YB, ZA*, e la precedente C. Giust. 11 settembre 2014, causa C 112/13, *A. c. B e altri* (punti 22-24); la Corte di appello si confronta, invece, più direttamente con la Corte costituzionale n. 269/2017, appoggiandosi alla sua recente più giurisprudenza in particolare alla ordinanza C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117, che sembra aver chiuso praticamente la partita.

³⁸ Tale posizione è condivisa da autorevole dottrina costituzionalista, si v. gli innumerevoli interventi di Ruggeri, impossibile da selezionare. Si v. pure, con dovizia di argomenti, CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 2019; <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/29-main/europa-corti-internazionali/591-giudice-comune-e-diritti-protetti-dalla-carta-ue-questo-matrimonio-s-ha-da-fare-o-no>. Nello stesso senso, ma più duttile e sofisticata, la posizione di MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *ECLR*, 2019, p. 18 ss.

Non si possono dare che per conosciute, a tale proposito, tutte le articolazioni dell'interessante dibattito tra costituzionalisti e studiosi di diritto europeo, in chiave soprattutto di giustizia costituzionale sui potenziali conflitti e sul modello di dialogo tra le Corti nelle relazioni interordinamentali. Si può solo sinteticamente accennare al fatto che tutto ruota intorno a quella particolare tecnica di motivazione della Consulta attraverso i c.d. *obiter dicta* contenuti nelle motivazioni, a mo' di messaggi nella bottiglia, sul cui significato ed effetto la dottrina discute in termini di teoria di giustizia costituzionale. E tutto nasce dall'ormai famoso *obiter* della sentenza n. 269 del 2017³⁹

³⁹ I famosi *obiter* di C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269 sono contenuti nei punti 5.1. e 5.2. Con la sentenza n. 269/2017 la Corte sembrava proporre la tesi giusta la quale soltanto per "altri profili", diversi da quelli di costituzionalità il giudice di merito potesse rivolgersi alla Corte di giustizia senza passare dal controllo accentrato, con la sentenza n. 20/2019 (C. Cost. 21 febbraio 2019, n. 20) la stessa Corte si è poi premurata di chiarare che "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria"; con la sentenza n. 63 (C. Cost. 21 marzo 2019, n. 63) la Corte ribadisce quanto affermato con la 20/2019, circa la piena libertà e autonomia del giudice di merito di rivolgersi in qualunque momento alla Corte di giustizia ovvero operare come giudice di prime cure dell'ordinamento comune, disapplicando direttamente la norma che ritiene in contrasto con la disposizione europea *self executing*. La dottrina che attribuisce alla Corte questo significativo passo indietro richiama la tesi formulata dalla Corte di giustizia in *Global starnet*, causa C 322/16, e il passaggio al punto 21 della pronuncia, che altro non fa che ribadire la dottrina *Simmmenthal*: "Occorre ricordare che un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo". In tal senso pure *Åkerberg Fransson* C-617/10, (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013; "secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale" Per i molti commenti sulla sentenza n. 269 della Consulta, si veda la lista pubblicata sul sito della Consulta <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Per una collocazione della sentenza della Con-

– per molti commentatori assolutamente decontestualizzato con riguardo alla questione sollevata dal giudice rimettente (una sorta di fulmine a ciel sereno) – espressione della dottrina “Barbera”⁴⁰; dottrina che, invero, sosteneva più l’opportunità di un ridimensionamento del controllo diffuso dei giudici italiani, attraverso la disapplicazione, piuttosto che la necessità di un controllo accentrato delle questioni implicanti la doppia pregiudizialità⁴¹.

Si tratta, a ogni modo, di un *obiter* in parte ridimensionato dalla stessa Corte, sempre attraverso un altro *obiter*, contenuto nella successiva sentenza n. 20 del 2109 (dall’obbligo dei giudici di passare prima dalla Corte costituzionale al mero “invito”) e in larga misura ormai superato con la sentenza n. 63 del 2019⁴² alla quale una parte della dottrina attribuisce invece il significato di opportuno passo indietro della Corte rispetto all’*obiter* della 269/2017⁴³. In effetti, con quest’ultimo, la Corte aveva inteso seguire un dop-

sulta nell’importante dibattito europeo sul dialogo (conflitto) tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia UE, v. MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. p. 18 ss., che tendono a sdrammatizzare il potenziale conflitto tra Carte e Corti facendo leva proprio sul principio dell’unità della differenza, anche con riguardo ai diritti, sotteso all’art. 53 della CDFUE.

⁴⁰ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, QC, 2018, I, pp. 149-171; la dottrina Barbera ha suscitato anche una dialettica interna alla scuola: si v. il citato saggio di MORRONE, *op.cit.*, p. 258 ss. I termini della questione di giustizia costituzionale in gioco sintetizzati da C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»*: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017, www.forumcostituzionale.it, 2017/11, che ha aperto l’importante dibattito.

⁴¹ La vivacità del dialogo della dottrina costituzionalista sul punto è testimoniata dallo scambio “dalliano” tra ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’)*. In dialogo con il Ruggerpensiero sul tema della doppia pregiudizialità, in *Consulta online*, 26 novembre 2019, III, e RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po’ anch’io...)*, in *Consulta on line*, 9 dicembre 2019, III.

⁴² E con l’ancor più recente ord. C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117/2019 (giudice relatore F. Viganò, di cui l’importante contributo dottrinario: VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in QC, 2019, 2, p. 481 ss.): con tale coppia di decisioni, la n. 63/2019 e la n. 117/2019, la Corte costituzionale è praticamente tornata a lasciare i giudici italiani liberi di scegliere “*whether to “fly to Luxembourg” or “take a train to Rome”*”, e fermo il potere di disapplicazione se la norma viene comunque ritenuta in conflitto con la Carta di Nizza: così MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit., p. 9. In effetti, come puntualizzano gli autori, con l’ordinanza n. 117/2019 “*the Italian Constitutional Court has made it clear that the convergence of the two different catalogues of rights cannot be directly enforced at the national level because the internal law implements mandatory provisions of EU law, holding that a preliminary ruling becomes a necessity when national authorities lack such a margin of discretion. In such a situation, a preliminary ruling should be made by Constitutional Court itself (as it did on this occasion) before reviewing the constitutionality of a national implementing act*”.

⁴³ In tal senso la dottrina, soprattutto studiosi di diritto europeo (ma certamente, critico

pio risultato: evitare la deriva verso un controllo diffuso di valutazione della norma interna rispetto a quella di rango costituzionale; e spingere verso l'armonizzazione tra diritti di matrice comunitaria e diritti costituzionali presenti nella costituzione domestica⁴⁴.

Le questioni in gioco – al di là delle suggestioni dialettiche tra sostenitori dell'una e dell'altra tesi – sono, da un lato, quelle del primato del diritto europeo e della Corte di giustizia come Corte dei diritti, e non solo della corretta interpretazione delle norme europee, “senza se e senza ma”; nonché quelle dell'opportunità di una sorta di approccio “shopping” delle Carte e delle Corti supreme da parte del giudice di merito, in ragione della maggiore intensità della protezione che di volta in volta si ritiene che “quella Carta o quella Corte” siano in grado di fornire al diritto che si intende tutelare⁴⁵, onde la teorizzazione di un controllo di costituzionalità europea diffuso anche attraverso la disapplicazione e la interlocuzione diretta del giudice di merito con la Corte di giustizia. Dall'altro, la posizione, accusata di venature di neo “patriottismo costituzionale” e di implicito “suprematismo”⁴⁶ (alla quale invero non può ricondursi la “dottrina Barbera” se correttamente riletta)⁴⁷ che

sulla 269, RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017, in RDC, 2017, 3, p. 1 ss.)*. Si v. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; in particolare sulla 117, RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, II, p. 242 ss.; CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4; ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6. Più problematico SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6.

⁴⁴ V. VITALE, *I recenti approdi*, cit., p. 4: la Corte cost. “già nella precedente sentenza 269, aveva [...] esplicitamente rilevato che il nuovo meccanismo ivi inaugurato per la risoluzione delle antinomie tra norme e ordinamenti era indirizzato “anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”, quali richiamate dall'articolo 6 TUE e dall'articolo 52 della Carta di Nizza”.

⁴⁵ Si v. soprattutto CONTI, *Giudice comune*, cit.

⁴⁶ MORRONE, *op. cit.*; BARBISAN, *Prime riflessioni per un patriottismo costituzionale italiano*, in *DP*, 2019, 2, p. 341 ss.

⁴⁷ Si vedano le sempre lucide considerazioni di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit.

non si accontenterebbe più, a dire dei suoi critici, della dottrina dei contro-limiti, ma che affermerebbe una nuova stagione del controllo accentrato di costituzionalità da parte della Corte costituzionale sui diritti, ancorché su di essi insistano profili di contrarietà alle disposizioni europee; si ridurrebbe così, soprattutto il diritto europeo *non self-executing* – compresa la parte della Carta dei diritti non attuata – a valenza quasi di norme interposte; con la conseguenza che, con riguardo a esse, solo la Corte costituzionale potrebbe operare il controllo di costituzionalità di norme interne ritenute in contrasto⁴⁸; e ciò proprio per evitare le incertezze, le ridondanze e le inefficienze, anche in chiave di tutela e di risultati di integrazione europea, del controllo diffuso azionato dai giudici di merito⁴⁹. È proprio il caso di una disposizione della Carta europea non attuata come per appunto l'art. 30 sui licenziamenti individuali, malgrado la “spremitura” di norme attuative, effettuata da Pedrazzoli⁵⁰.

Il Tribunale di Milano e, più esplicitamente, la Corte di appello di Napoli si confrontano con l'*obiter*, contestandolo esplicitamente⁵¹ e rivendicando

Una difesa “oltranzista” della sent. 269 e della dottrina Barbera, in GUAZZAROTTI, *Un “atto ininterrotto dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, www.forumcostituzionale.it 2017.

⁴⁸ Ex art. 11 e 117 primo comma della Costituzione, allo stesso modo di quanto stabilito con le celeberrime sentenze gemelle (C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e Cost. 24 ottobre 2007, n. 349) per i diritti derivanti da disposizioni di diritto internazionale (la Convenzione EDU ma anche la Carta sociale).

⁴⁹ I saggi di R. Bin e di A. Barbera citati e le domande precisate da C. CARUSO, *op. cit.* Fortemente critica sul piano di argomenti in punto di diritto europeo l'attuale giudice della Corte di giustizia ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, pp. 1 ss.

⁵⁰ *Supra* nota 12.

⁵¹ Immediatamente dopo la sentenza n. 269/2017 della Consulta, la Corte di Cassazione ha assunto tre posizioni diverse: di apparente adeguamento ma sostanziale contestazione della sentenza della Corte, di aperta contestazione e di non confronto: con riguardo a questa triplice posizione, la metafora geometrica utilizzata da ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit. Sugli orientamenti della Suprema corte *post-269*, si rinvia a MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, I, <http://www.osservatoriosullefonti.it>; PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritticomparati.it*, 16 marzo 2018; RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consultaonline.it*, 2018, I, p. 82 ss.; TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018.

la piena autonomia della pregiudizialità europea attraverso la dottrina *Global Starnet*⁵². Il risultato più eclatante – e in perfetta linea con le acquisizioni della dottrina del primato del diritto europeo e della piena concorrenza delle due pregiudiziali⁵³ – è la formale e contemporanea, per la prima volta per quel che consta, doppia pregiudizialità sollevata dalla Corte d'appello di Napoli per motivi convergenti ma diversamente modulati nelle due ordinanze (infra § 5).

4. *Il merito delle ordinanze: “il grano e l’oglio” nell’ordinanza Europea del Tribunale di Milano*

Il contenuto dell’ordinanza del Tribunale di Milano è di grande interesse, ma rischia di costituire, per eccesso di zelo, un’occasione perduta. I fatti sono chiari e avrebbero consentito certamente di sollevare in maniera oltremodo efficace la questione di pregiudizialità europea senza alcun bisogno di fornire alibi alla Corte di giustizia per affermare la sua incompetenza sulle regole endostatali sui licenziamenti individuali⁵⁴, di recente ribadita nel caso *Hernandez*, nel caso *Ploclava* e antecedentemente nel caso *Polier*⁵⁵.

⁵² La pronuncia *Global Starnet* non è certamente una replica alla 269 della Corte costituzionale, essendo stata pubblicata solo qualche giorno dopo il pronunciamento della Consulta. È quanto si evince dal botta e risposta tra Romboli e Ruggeri negli scritti citati alla nota 41.

⁵³ Si v. le posizioni di VITALE, *op. cit.*; ROSSI, *op. cit.*

⁵⁴ Su questi e su altri orientamenti pregiudizialmente “anti diritti sociali” della Corte di giustizia UE, si v. gli argomenti di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.), per sostenere, in modo forse eccessivamente unilaterale ancorché non scervo da coerenza argomentativa, la impraticabilità della via giudiziale (soprattutto se il veicolo è targato “Corte di giustizia europea”) ai diritti sociali fondamentali nello spazio europeo.

⁵⁵ C. Giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Grima Janet Nisttahuz Poclava c. Jose María Ariza Toledano*, punto 41; C. Giust. 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Víctor Manuel Julian Hernández e altri c. Regno di Spagna e altri*, punti 36 e 46; C. Giust. 16 gennaio 2008, causa C-361/07, *Olivier Polier c. Najar EURL*, ord., punto 13. Tali pronunciamenti, si ricorda, sono richiamati in un ampio contesto discorsivo della sentenza della C. Cost. 194/2018 tutto teso a dimostrare l’impossibilità di fondare il proprio pronunciamento sull’art. 30 della Carta di Nizza, da cui le ricordate critiche dirette di BALLESTRERO e indirette di ORLANDINI (*supra*, nota 14); sul punto pure PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), cit. Sulle sentenze *Poclava* e *Florescu* della CgUe e sugli spunti interpretativi, da esse emergenti, sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, si v. DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, p. 183 ss. Come già ricordato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194,

I fatti. In sede di opposizione a un giudizio di licenziamento secondo il rito Fornero il Tribunale solleva la pregiudiziale europea relativamente a un caso di licenziamento collettivo comminato, secondo il remittente, in violazione dei criteri di scelta. Nella fase sommaria il Tribunale aveva reintegrato tutti i lavoratori che avevano impugnato il licenziamento collettivo per lo stesso motivo, a eccezione della ricorrente assunta a termine prima del 7 marzo 2015, data di entrata in vigore delle tutele crescenti, ma il cui rapporto di lavoro era stato convertito successivamente a quella data e alla quale pertanto, per espressa disposizione della legge⁵⁶, non si sarebbe potuto applicare né il rito speciale, né la tutela reintegratoria debole⁵⁷, ma solo la tutela indennitaria nel rito del lavoro ordinario.

Si tratta del verificarsi del “caso di scuola” illustrato dai critici del Jobs act come ipotesi di lapalissiana violazione del principio di eguaglianza: lavoratori coinvolti nella medesima situazione di esubero, a cui si applica la medesima procedura di licenziamento, destinatari di una medesima pronuncia di illegittimità, in ragione di un identico motivo (violazione dell’art. 5 comma 1 l. n. 223/1991, sui criteri di scelta) riconducibile quindi a un’unica

“sdogana” per la prima volta l’art. 24 della Carta sociale europea, come norma interposta, per fondare la sua decisione. Il Tribunale di Milano, nell’ordinanza in commento, avanza critiche alla posizione della Corte, considerando il richiamo contenuto nelle spiegazioni dell’art. 30 Carta di Nizza all’art. 24 dirimente; tale argomento critico nei confronti della Corte cost. non appare persuasivo, posto che la Corte pone un problema di applicabilità dell’art. 30 in ragione dell’art. 51, primo comma, secondo cui “le disposizioni della presente carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”. Che poi l’art. 30 della Carta, essendo diritto dell’Unione, renda tale ragionamento un puro enigma logico è un altro discorso: si v. PEDRAZZOLI, *Commento all’art. 30*, cit. La Consulta con la sentenza 194, in effetti, altro non fa che appoggiarsi all’indirizzo della Corte di giustizia prima rilevato, posto che allo stato manca una normativa di attuazione europea sui licenziamenti individuali, e non considera sufficiente l’art. 30, con riguardo ai suoi contenuti, come parametro di misurazione della costituzionalità delle norme interne vagliate: l’ampio richiamo della Corte all’art. 24 della Carta sociale dimostra invece che, sul piano dei contenuti, in particolare per quel che concerne i profili rimediali, essa dimostra di leggere l’art. 30 della Carta di Nizza proprio alla luce dell’art. 24. Sui profili di rilievo inter-ordinamentale della sentenza 194, v. DELFINO, *La Corte costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, 5, p. 1 ss.

⁵⁶ Art. 1 comma 2 d.lgs. n. 23/2015: “Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”.

⁵⁷ Art. 10 d.lgs. 23/2015: “In caso di licenziamento collettivo (in) [...] violazione delle procedure richiamate all’articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all’articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all’articolo 3, comma 1”.

fattispecie di illegittimità di fatto e di diritto, a cui il giudice, per obbligo di legge, è costretto ad applicare *simultaneamente* due regimi processuali e due regimi rimediali diversi: le tutele crescenti del Jobs act e la reintegrazione debole della Fornero; il rito processuale ordinario e il rito Fornero. E ciò non solo e non tanto in ragione della diversa data di assunzione, ma per l'unica e decisiva circostanza che tutti i lavoratori reintegrati erano stati assunti con contratto standard, la lavoratrice – probabilmente per caso, per sfortuna, per voluta macchinazione datoriale, o per qualunque altra ragione anche legittimamente tecnico produttiva, non è dato sapere – con contratto a termine poi convertito successivamente al 7 marzo 2015. Quest'ultima è una differenza di rilievo rispetto al caso della Corte di appello di Napoli, in tutto identico al caso milanese tranne per il fatto che la medesima procedura di licenziamento collettiva aveva prodotto la differenziazione dei regimi di tutela in ragione del fatto che la lavoratrice licenziata era stata assunta dopo il 7 marzo 2015 in seguito a cessione di appalto, con assunzione immediata e diretta che, come è noto, produce comunque l'effetto della novazione contrattuale e quindi dell'applicazione del nuovo regime rimediale previsto dal Jobs act.

Nel caso oggetto di rinvio del Tribunale meneghino, si inserisce – oltre al profilo della violazione del principio di parità di trattamento previsto dall'art. 20 della Carta di Nizza – anche il profilo della violazione del principio di non discriminazione, meta principio europeo esplicitato in generale dall'art. 21 della Carta, ma specificato, con riguardo ai lavoratori a tempo determinato, dall'art. 4 dell'Accordo europeo sul contratto a termine allegato alla direttiva 1999/70/CE. Il richiamo all'art. 4 della direttiva sul contratto a termine rende particolare la pregnanza europea della questione sollevata, in ragione della notoria sensibilità della Corte di giustizia sia per il profilo specifico divieto di discriminazione contenuto nella direttiva, sia perché la Corte considera i principi di parità e di non discriminazione metaprincipi dell'ordinamento europeo (*Mangold, Küçükdeveci, Dansk Industri*)⁵⁸.

⁵⁸ Si v. sul punto PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato* http://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php: sul riferimento della Corte costituzionale n.194 al principio di parità, come parametro di giudizio, rispetto al principio di non discriminazione per età (un'occasione mancata secondo le autrici), il contributo di M. BARBERA, GUARRIELLO, *It is not our task, is it? Self-restraint and judicial activism in two judgments of the CJEU and the Italian Constitutional Court*, paper presentato alla *Conference on EU Equality*

La situazione del contratto a termine convertito – in virtù dell'accanimento regolativo, invero ottuso, del legislatore del *Jobs act* – viene, irragionevolmente equiparata a una ipotesi di nuova assunzione allo scopo della scelta del regime rimediale applicabile (su questo il giudice di Milano spende parole, invero, efficaci): onde il lavoratore, in ragione della natura del proprio contratto originario (a termine) subisce, a detta del Tribunale, una evidente discriminazione indiretta vietata a norma delle disposizioni prima richiamate.

Se il Tribunale si fosse limitato a queste – si ribadisce – efficaci argomentazioni (“il grano”)⁵⁹, la Corte di giustizia sarebbe stata inchiodata a valutare la disposizione incriminata⁶⁰ alla luce del ferreo combinato disposto costituito dal trittico degli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza e dell'art. 4 della direttiva sul contratto a termine, oltre che della direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi; non si sarebbero certamente sollevati dubbi circa la competenza della Corte di giustizia, non venendo direttamente in gioco l'art. 30 della Carta (riferito al regime del licenziamento individuale e privo allo stato attuale di disposizioni europee di attuazione, per quanto si possano “spremere” altre disposizioni, secondo la posizione di M. Pedrazzoli).

L'art. 10 del *Jobs act* è una norma rimediale, ma riferita alla diversa fattispecie dei licenziamenti collettivi regolata dalla 223/91 attuativa della direttiva 98/59/CE, ancorché adotta la medesima tecnica della legge sui licenziamenti individuali: è inserita formalmente in quel contesto, ma fa sostanzialmente corpo con la legge attuativa della direttiva sui licenziamenti collettivi.

Il giudice milanese, invece, non si accontenta di questo e in lunghissimi passaggi dell'ordinanza⁶¹ si attesta su argomentazioni che sembrano più rivolte in generale alla nuova disciplina dei licenziamenti *tout court*, piuttosto che al caso specifico del licenziamento collettivo e del contratto a termine. L'operazione del giudice milanese è chiara; approfittare del problema specifico per ottenere dalla Corte di giustizia almeno tre risultati:

Ottenere una sentenza che suoni critica della decisione della Corte co-

Law in Europe: A New Generation, European University Institute, Firenze 10-11 Ottobre 2019, anche sui passi indietro della Corte di giustizia in materia di *age discrimination*, rispetto a *Mangold*, nel caso *Abercrombie*.

⁵⁹ Che fanno capolino praticamente soltanto a pagina 34 dell'ordinanza del giudice milanese.

⁶⁰ V. art. 1, comma 2, e art. 10 del d. lgs. n. 23/2015.

⁶¹ Soprattutto, ma non solo, nelle pagine 29-33 di Trib. Milano 5 agosto 2019.

stituzionale n. 194/2018; in altri termini, l'ordinanza – letta nel suo complesso – finisce per costituire un invito alla Corte europea a farsi arbitra di una *querelle* di diritto interno e ad assumere quasi un ruolo di “super corte costituzionale”, o corte suprema di secondo grado, come se fossimo già in un ordinamento europeo di tipo federale, con corti supreme statali e una corte federale a cui spetta l'ultima parola⁶²: lunghissimi passaggi critici sono dedicati alla sentenza 194/2018 della Corte costituzionale utilizzando per intero l'armamentario della dottrina critica, soprattutto nei confronti di quei passaggi argomentativi con cui la Consulta, con riferimento al regime del licenziamento individuale, ha legittimato il doppio regime rimediale in ragione del fluire del tempo e alla sua giustificazione teleologica con riguardo al fine occupazionale (per riportare l'ambito del discorso dal piano interno a quello europeo, il giudice si limita a citare *Mangold*). Con ciò il giudice meneghino mostra di non intendere non solo il delicato equilibrio inter ordinamentale che un sistema ancora *in fieri* e multilivello, come quello europeo, presenta; ma pare altresì poco avvertito della prudenza che mostra la Corte di giustizia quando è tirata per la giacca a decidere questioni ad accentuato tasso di tradizione costituzionale interna e a confrontarsi, su questo piano, *vis a vis* con le Corti costituzionali domestiche (la saga Taricco *docet*).

Il secondo risultato perseguito dal Tribunale milanese è di ottenere una sentenza (*mission impossible*) che di fatto estenda il contrasto delle disposizioni interne con le norme e i principi europei richiamati, dall'art. 10 e 1 comma 2 del d.lgs. n.23/2015, all'art. 3 (in contrapposizione con l'art. 18 comma 4), senza alcuna distinzione tra regime di tutela del licenziamento individuale, soggettivo e oggettivo e regime del licenziamento collettivo (anche qui oglio). Come si vedrà, lo stesso risultato è perseguito, indirettamente e meno esplicitamente, e pertanto più sottilmente, dalla ordinanza della Corte di appello di Napoli. In quest'ultimo caso, infatti, – proprio per evitare ogni possibile commistione e dare alibi, in tal senso, alla Corte di giustizia – si formula la doppia pregiudizialità, dando comunicazione a quest'ultima di tale scelta⁶³.

⁶² In ciò, in effetti, il Tribunale milanese è giustificato dal fatto che la Corte di giustizia tende a riservarsi questo ruolo tramite il viatico della teoria del primato. Questione, quello del rapporto tra le Corti, in punta di teoria costituzionale e ordinamentale, davvero complessa per essere solo sfiorata in questa sede. Si rinvia ai saggi contenuti nel numero 3 del 2019 di *DPCE* di: Dani (introduzione), Massa, Di Martino, Saitto, Guazzarotti, Faraguna, Fasone, Mangia, Méndez e alle conclusioni di Bin.

⁶³ App. Napoli 27 novembre 2019 (ordinanza pregiudiziale europea, punto 18).

Terzo obiettivo perseguito dal giudice milanese (anche in tal caso “oglio” e *mission even more impossible*) è quello che ormai – per consolidato orientamento della Corte costituzionale domestica – non è possibile ottenere da quest’ultima⁶⁴: il riconoscimento da parte della Corte di giustizia – sulla base di una lettura in combinato disposto dell’art. 30 della Carta di Nizza, dell’art. 24 della Carta sociale e dell’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982⁶⁵ – della reintegrazione come rimedio ideale, perché effettivamente dissuasivo e integralmente riparatorio, per qualunque tipologia di licenziamento: individuale o collettivo, per inadempimento soggettivo, per inidoneità oggettiva, per ragioni economiche e/o organizzative. Il licenziamento illegittimo come fattispecie ontologicamente olistica a cui dovrebbe corrispondere un rimedio, la reintegrazione nel posto di lavoro, altrettanto, sebbene tendenzialmente, olistico (fatte salve micro eccezioni al margine, piccole imprese, dirigenti e così via).

Il Tribunale di Milano, trovandosi davanti a un caso di laboratorio per stimolare una pronuncia di probabile illegittimità delle tutele crescenti su un profilo parziale, ma certamente dubbio e per molti versi fondato (grano), eccede, dunque, per *hybris* e fornisce alla Corte di giustizia – che forse non aspetta altro⁶⁶ – un perfetto alibi per una pronuncia di incompetenza. La Corte viene infatti chiamata, di fatto, a dirimere una *querelle* di diritto interno: la complessiva garanzia rimediale delle tutele crescenti nei confronti di ogni tipo di licenziamento, a partire da quelli individuali che è tale solo se reintegratoria e non differenziata. Alla fine, quel che chiede sostanzialmente il giudice alla Corte di giustizia (l’intera argomentazione è curvata su questo risultato) è una pronuncia interpretativa non di una norma, ma di un sistema giuridico – la tutela rimediale contro il licenziamento *tout court* – che dovrebbe, invece, ispirarsi al rimedio deterrente in assoluto, la tutela in forma specifica, o integralmente riparatoria del danno. Tutto ciò secondo quanto previsto, a suo dire, dall’art. 24 della Carta sociale aggiornata, riletta in combinato disposto con l’art. 30 della Carta di Nizza in virtù delle spie-

⁶⁴ Per questo profilo le due ordinanze di pregiudizialità europea, quella dei giudici napoletani e quella del giudice milanese, si muovono, invero, in parallelo, come si dirà (*infra* § 5).

⁶⁵ Fonte internazionale quest’ultima, richiamata solo dal giudice milanese, e che la Consulta, nella motivazione della 194, non ha espressamente preso in considerazione perché non recepita in Italia.

⁶⁶ Almeno nelle pessimistiche valutazioni di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.).

gazioni contenute in quest'ultima e giusta l'interpretazione che, dello stesso art. 24, dà il Comitato Europeo dei diritti sociali, quantomeno in alcune sue decisioni⁶⁷. Un'argomentazione fortemente suggestiva, ad alto valore simbolico, ma a bassa probabilità di accoglimento.

Tale approccio tracimante del giudice milanese, non esclude ovviamente che la Corte di giustizia possa rimettere le cose a loro posto, circoscrivendo il proprio giudizio alla fattispecie di fatto in gioco e alle norme che in realtà rilevano (il grano). Vale a dire l'effettivo contrasto dell'art. 1 comma 2 (riguardante il lavoro a tempo determinato) e dell'art. 10 (appartenente al corpo della regolazione del licenziamento collettivo), con l'interpretazione coerente di principi europei (gli artt. 20 e 21) della Carta fondamentale, ma anche l'art. 30 (norma incompleta qualora la si ritenesse, comunque, riferibile, come in effetti si ritiene, anche ai licenziamenti collettivi) e i diritti nascenti dal diritto europeo derivato (l'art. 4 della direttiva sul contratto a termine e il divieto di discriminazione, e la direttiva sui licenziamenti collettivi).

In altri termini, una siffatta interpretazione di fondamentali disposizioni dell'ordinamento europeo osta a una norma interna come quella risultante dal combinato disposto dell'art. 10 e dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 23/2015 che, in un caso di sincronico licenziamento collettivo comminato a diversi lavoratori e dichiarato illegittimo per un unico motivo (nella specie violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della l. 223/91) produca conseguenze diverse, sia di carattere rimediabile sia di carattere processuale, per i singoli lavoratori per il solo fatto che uno di essi sia stato assunto con contratto a termine poi convertito dopo una certa data.

5. *La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali*

Più raffinato, come si accennava, l'approccio, soprattutto con riguardo alla strumentazione messa in campo, della Corte di appello di Napoli. Anche in tal caso gli strali sono rivolti contro il sistema rimediabile del Jobs Act con riguardo, formalmente, al regime del solo licenziamento collettivo. Anche il

⁶⁷ Comitato Europeo dei Diritti Sociali (Ceds) reclamo 31 gennaio 2017, *Finnish Society Social Rights c. Finland*, C. 106/14. Da ultimo, sull'utilizzo della giurisprudenza del Ceds nel discorso della Corte cost., si v. FORLATI, *Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *LD*, 2019, 4, p. 597 ss.

tal caso si contesta la irragionevolezza della difformità dei rimedi scaturente da un unico, sincronico ma plurimo, atto di licenziamento. Anche in tal caso l'orizzonte a cui guarda la Corte di appello è il rimedio della reintegra, nel doppio effetto integralmente riparatorio ed effettivamente dissuasivo e deterrente, che i giudici ritengono fortemente rivalutato dalla giurisprudenza del CEDS sull'art. 24 della Carta sociale aggiornata⁶⁸.

La Corte partenopea, tuttavia, prova a non incappare nei rischi in cui sembra incorrere il Tribunale di Milano: cioè di sollevare, in via di fatto, davanti alla Corte di giustizia un atipico giudizio di appello contro la sentenza 194 della Corte costituzionale, cercando magari di indurre la Corte europea ad allargare il perimetro del giudicato sino a provocare un pronunciamento tombale, non limitato alla disciplina rimediabile sul licenziamento collettivo, ma esteso anche al regime del licenziamento individuale vigente in Italia. Per non correre un tale rischio, e in ossequio rigoroso alla teoria della doppia e contestuale pregiudiziale (“*dual preliminary*” *situation*)⁶⁹, la Corte napoletana “biforca” i percorsi e, con una argomentazione a Y (argomenti in parte comuni, in parte diversi), articola le questioni sollevate di fronte alle due Corti supreme, affina e adatta gli argomenti e le richieste⁷⁰. Si tratta di argomentazioni possibilmente – almeno nei *desiderata* della Corte d'appello remittente – convergenti nel risultato, ma differenti nel percorso in ragione della strutturale natura multilivello dell'ordinamento europeo.

Ovviamente, una tale attenzione⁷¹ non pone al riparo da possibili esiti dei due paralleli giudizi instaurati in termini di inammissibilità più o meno

⁶⁸ App. Napoli 27 novembre 2019 e, più specificamente, pp. 56, 70 della ordinanza di remissione alla Corte di giustizia e seconda questione di pregiudizialità e punti 85 e, soprattutto, 86 della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale.

⁶⁹ Riferimenti alla teoria della doppia pregiudiziale in nota 15, all'intervento di RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti*, cit., p. 683.

⁷⁰ Secondo un certo indirizzo della Corte di giustizia (C. Giust. 22 giugno 2010, causa C-188/10, C-189/10, *Aziz Melki, Selim Abdeli* e C. Giust. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B e altri*), il giudice nazionale avrebbe potuto adire prima la Corte suprema domestica, restando comunque libero di sottoporre successivamente il caso alla Corte europea o addirittura di disapplicare la norma dopo lo scrutinio di costituzionalità favorevole, se considerata in conflitto con l'ordine europeo. La Corte napoletana ha preferito invece percorrere la strada della pregiudizialità sincronica; per più ampi ragguagli si rinvia a MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. *passim*.

⁷¹ La questione di costituzionalità è articolata in 109 punti, la questione pregiudiziale europea in 87 punti.

manifesta, incompetenza, infondatezza o manifesta infondatezza, cioè sino al rigetto nel merito di entrambi.

Vale tuttavia osservare che, in assenza di qualsivoglia meccanismo di coordinamento formale e/o informale dei percorsi decisionali tra le due Corti supreme e in mancanza di una corsia preferenziale presso la Consulta per le questioni di simultanea pregiudizialità⁷², l'esito in termini di priorità di giudizi e di effetti consequenziali è rimesso al caso.

Tutto ciò certamente finisce per generare un tasso ulteriore di incertezza oltre quello che normalmente segue a una questione di pregiudizialità singolarmente innescata presso una delle due Corti supreme. Ciò in ragione del fatto che non può essere escluso, in astratto almeno, un corto circuito decisionale tra le due Corti, posto che, come nel caso, nella scommessa della Corte d'appello remittente ci possa essere anche il pensiero recondito di due pronunce opposte: di conformità europea e illegittimità costituzionale; o, viceversa, di legittimità costituzionale e illegittimità europea. Ma una possibilità di conclamato conflitto sulla disciplina del licenziamento appare oltremodo improbabile, soprattutto perché si sono appena spenti i fari sul caso Taricco e non è pensabile che una delle due Corti, chiamate simultaneamente a pronunciarsi sulla medesima disciplina, abbia voglia di riaccenderli su un altro tema di possibile conflitto che, nell'immaginario giuridico collettivo nazionale, costituisce ancora un nervo scoperto.

In assenza di meccanismi espliciti di coordinamento degli esiti della doppia pregiudiziale si può, allora, ragionevolmente prevedere che il coordinamento avvenga in via di fatto: una Corte attende l'esito del giudizio dell'altra per poi provvedere conseguentemente.

Qualora fosse la Corte costituzionale ad attendere il giudizio della Corte di giustizia certamente si avrebbe sul piano pratico (ben altrimenti complesso sarebbe, infatti, il discorso teorico ordinamentale)⁷³ l'effetto di evitare, in caso di accoglimento della Corte di giustizia, la disapplicazione diffusa; ciò nella

⁷² Proposta sostenuta da RUGGERI, *Caro Roberto*, cit., p. 685.

⁷³ Con riguardo al profilo di giustizia costituzionale che la doppia, sincronica, pregiudiziale solleva, occorre rilevare che i teorici del monismo ordinamentale del sistema europeo non potrebbero non considerare logicamente prioritario il pronunciamento della Corte di giustizia in ragione del primato del diritto dell'UE. I teorici della natura ancora plurale dell'ordinamento europeo, invece, considerando separati i due sistemi di controllo di costituzionalità, arriverebbero probabilmente a conclusioni opposte: la Corte europea non potrebbe che attendere e prendere atto del pronunciamento della corte domestica e successivamente dar seguito, solo se passata indenne dal controllo di costituzionalità, al controllo di conformità della norma denunciata.

misura in cui, sulla base del pronunciamento della Corte europea, la Corte domestica si facesse carico di rendere *erga omnes* la dichiarazione di invalidità della norma non conforme. Diversa la possibilità in caso di pronuncia di conformità della Corte di giustizia: la Corte potrebbe essere indotta, come probabile, a seguire le orme della Corte europea pur mantenendo del tutto intatto un autonomo spazio per vagliare la legittimità, nell'ordinamento interno, della denunciata disciplina.

5.1. *Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale*

Con l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale la Corte d'appello non torna direttamente "alla carica" sulle tutele crescenti e sul diverso regime rimediabile in ragione del fluire del tempo, il che avrebbe rischiato di dar luogo a una pronuncia di manifesta infondatezza, a causa del precedente pronunciamento della Consulta sul medesimo punto. Il caso è formalmente diverso da quello su cui si già è pronunciata già la Corte con la sentenza 194, stimolata dal Tribunale di Roma, a margine dell'impugnazione di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (il che non ha impedito alla Corte costituzionale di incidere anche sul licenziamento per inadempimento).

La Corte d'appello si concentra sul combinato disposto degli artt. 10, 3 del d.lgs. 23/2015 e 5 della legge 223/91⁷⁴, sottolineando un'ulteriore irrazionalità (rispetto al caso già deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza 194) derivante dal fatto che i diversi regimi di tutela andrebbero applicati contemporaneamente e sincronicamente: stessa crisi aziendale, stesso licenziamento collettivo, stessa illegittimità (violazione dei criteri di scelta) ma due regimi di tutela diversi a lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione (in questo caso per successione di appalto dopo il 7 marzo 2015); diversità di regimi sia sostanziale sia processuale: indennitario (sino a 24 mesi in ragione della data di assunzione anteriore all'entrata in vi-

⁷⁴ In verità al punto 31 si fa riferimento all'art. 1, comma 2, per uno dei tanti refusi di cui è costellata l'ordinanza, norma sulla conversione del contratto a termine, che sembra non rilevare nella fattispecie (al contrario che in quella del Tribunale di Milano); nel caso oggetto della decisione della Corte d'appello di Napoli, la fattispecie è di fine appalto e non di conversione di contratto a termine; probabilmente il richiamo deve intendersi come nel punto 38, all'art. 2, comma 2, che fa riferimento alle modalità di calcolo dell'indennità (retribuzione utile per il TFR, anziché ultima retribuzione globale di fatto).

gore del decreto dignità, 12 luglio 2108) e con rito ordinario per la ricorrente; reintegratorio debole per gli altri, con rito processuale accelerato.

La Corte di appello⁷⁵ è consapevole che sul doppio regime in quanto tale (in realtà triplice dopo i rimaneggiamenti *more tempore* intervenuti), giustificato solo dalla data di assunzione, la Corte costituzionale si è già pronunciata negando il profilo di incostituzionalità, ma affida l'improbabile *revirement* a tre nuovi argomenti:

L'insussistenza nel caso del licenziamento collettivo dell'elemento giustificativo teleologico, utilizzato dalla Consulta nella 194, dell'incremento occupazionale (un licenziamento collettivo per definizione non può generare incremento occupazionale in quanto sortisce da una situazione di crisi).

La sincronicità della situazione (da licenziamento collettivo) con effetti diseguali per i singoli lavoratori coinvolti con una particolare irragionevolezza in questo caso del fluire del tempo come fattore di distinzione⁷⁶.

L'accentuazione della irragionevolezza della scelta dovuta al fatto che il diverso regime rimediabile non si limita soltanto alla differenza tra indennizzo e tutela reintegratoria, ma si estende a effetti collaterali apparentemente minori ma altrettanto vulneranti di norme e principi costituzionali: il *quantum* dell'indennizzo non più riferito all'ultima retribuzione globale di fatto ma alla retribuzione utile per il calcolo del TFR (secondo la Corte di Napoli riducibile, potenzialmente, a quantità irrisorie dalla contrattazione collettiva); la perdita dei contributi pensionistici; la collocazione del rischio della durata del processo sul lavoratore in ragione del mutamento del rito⁷⁷; il possibile effetto di *age discrimination* scaturente della stessa sentenza della Cort. Cost. 194 la quale, allo scopo del calcolo dell'indennità, indica, come criterio prioritario (secondo la Corte remittente), l'anzianità di servizio, con penalizzazione dei più giovani (argomento molto utilizzato anche nella pregiudiziale europea). Non a caso la batteria delle norme costituzionali richiamate, e asseritamente violate, è molto ampia: gli articoli 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111 oltre che, per i profili indotti di violazione delle norme dell'ordinamento europeo, gli artt. 10 e 117 primo comma. In ragione di tale ultimo profilo, molti argomenti sono ripresi⁷⁸, alcuni di peso altri in parte adattati, nella pregiudiziale europea⁷⁹.

⁷⁵ App. Napoli 27 novembre 2019, punto 44 della motivazione.

⁷⁶ Punti 46-48 dell'ordinanza.

⁷⁷ Punto 58 e punti 63 e ss., ove una forte rivalutazione del rito Fornero.

⁷⁸ Dal punto 68 in avanti.

⁷⁹ Tralasciando, perché meno rilevante, la seconda questione relativa all'eccesso di delega:

Il punto focale dell'ordinanza di rimessione – che costituisce la base della Y della doppia pregiudiziale – non è tanto, e non è solo, la diversità di regimi applicati contestualmente in ragione del tempo; quanto la diversa portata protettiva dei due rimedi in sé considerati, reintegratorio e indennitario, con la individuazione del primo quale rimedio effettivo, deterrente e integralmente riparatorio; al punto che la Corte articola⁸⁰ un ragionamento discutibile non solo in punto di legittimità costituzionale, ma di stessa di *policy*. La Corte partenopea si spinge, infatti, a giustificare sul piano assiologico il regime reintegratorio anche nel caso di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, perché considerato l'unico in grado di «dissuadere il datore di lavoro dall'esercizio, in occasione di una crisi aziendale, del potere di recesso in *forma arbitraria*, ma non necessariamente discriminatoria assicurando una pienezza di tutela [quella reintegratoria *nda*] in ragione degli interessi costituzionali che entrano in gioco nella procedura di licenziamento collettivo».

Se l'interesse a cui fa riferimento la Corte partenopea è il mantenimento del posto di lavoro *in astratto* (l'art. 4 della Costituzione), evidentemente il giudice del merito sbaglia bersaglio, nella misura in cui trascura che il rimedio reintegratorio alla violazione dei criteri di scelta, in una situazione di crisi acclarata, come orizzonte massimo può conseguire che anziché “Tizio” venga licenziato “Caio”; dunque, alla fine, soltanto un prolungamento del tempo di durata della gestione della crisi, a seguito di aggiustamento o, più prudentemente, di rinnovo della procedura; il che potrebbe comportare nocimento alla possibilità stessa di ripresa dell'azienda, onde ulteriori licenziamenti. Se la crisi è reale – e il giudice non può, comunque, sindacarne il motivo – una riduzione di posti di lavoro, alla fine, *in concreto*, ci sarà in ogni caso. La disciplina europea sui licenziamenti collettivi, per come recepita dal legislatore italiano, pone, come ricordava Massimo D'Antona⁸¹, soltanto oneri

secondo il giudice, la legge delega n. 183/2014, facendo riferimento al licenziamento economico aveva inteso lasciar fuori il licenziamento collettivo. L'aspetto che sembra contraddittorio, per questo profilo, è che, dopo aver sostenuto la separazione nell'atto di delega tra licenziamento collettivo e individuale, per giustificare la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega, l'ordinanza tende a ricostruire unitariamente, e criticamente, il sistema rimediale per provocare una dichiarazione di incostituzionalità “tombale”.

⁸⁰ Dal punto 56 e seguenti dell'ordinanza.

⁸¹ D'ANTONA, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/91*; ID. «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, ora in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, p. 869 e p. 883 e ss.

procedurali di informazione e concertazione (la possibilità di ricorrere a misure alternative anche su impulso delle organizzazioni sindacali) e inserisce il controllo di merito del sindacato che si sostituisce a quello del giudice sulle ragioni del licenziamento⁸². In una procedura di licenziamento collettivo, la crisi aziendale, che determina la riduzione di attività e dell'occupazione, e dunque il licenziamento, è 'in sé' giustificata; l'esercizio del potere di riduzione è in sé razionale e non limitabile come riconosciuto dalla stessa Consulta nel 1994⁸³, posto che la procedura altro non fa che proceduralizzare un potere datoriale altrimenti libero; tale ricostruzione è ormai diritto vivente giurisprudenziale, malgrado alcuni tentativi contrari operati dalle corti di merito e sconfessati sempre dalla Cassazione⁸⁴.

Non c'è, allora, spazio, per definizione, per un uso "arbitrario" del potere datoriale: se il criterio di scelta fosse, direttamente o indirettamente, discriminatorio il licenziamento sarebbe nullo in sé, non per violazione dei criteri di scelta *ex art. 5 della l. 223/91*. La scelta di chi licenziare, altrimenti libera, è proceduralmente vincolata dal legislatore per fini sociali (art. 41 secondo comma, Cost.), ma rientra pienamente nell'ombrello di copertura dell'art. 41 primo comma. Non a caso il legislatore non oblitera le esigenze tecnico produttive e organizzative e, anzi, le mette in posizione paritaria (in concorso) con quelle sociali e soltanto nel caso in cui la contrattazione collettiva non abbia individuato altre priorità che non escludono affatto la possibile prevalenza dei criteri produttivi su quelli sociali.

Lo Stato, poi, si fa carico di sostenere finanziariamente misure conservative alternative al licenziamento (la Cigs, il Fis, il contratto e l'assegno di solidarietà) che consentano all'impresa di ridurre l'impatto sociale di una scelta, comunque, legittima, ovvero di intervenire a valle della crisi aziendale, con gli ammortizzatori sociali passivi e, possibilmente e ancor meglio, con efficaci politiche attive di ricollocazione⁸⁵.

⁸² Si v. sul punto un accenno al dibattito dottrinale e ai riflessi di armonizzazione dei sistemi europei generati dalla direttiva in PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, pp. 19-20, 26.

⁸³ C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

⁸⁴ Per l'orientamento maggioritario secondo cui il sindacato giudiziale non può riguardare i motivi specifici di riduzione del personale (cioè la sussistenza di effettive esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva), ma soltanto la legittimità e la correttezza della procedura, in relazione agli artt. 4 e 5 della l. 223 del 1991, né tantomeno può portare alla prospettazione di diversi assetti organizzativi o diverse scelte imprenditoriali, Cass. 26 novembre 2018, n. 30550; App. Roma 20 maggio 2019, n. 2150 e App. Roma 4 aprile 2019, n. 1532.

⁸⁵ Come fa notare PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., pp. 7-8, lo stato predispone ovunque

Onde è notorio che quasi sempre il controllo del giudice sui criteri di scelta non è certo finalizzato ad evitare l'utilizzo arbitrario del potere di scelta, ma a sindacare vizi meramente formali sulla (irrisolta legislativamente) concorrenza dei criteri sociali e tecnico produttivi e sulle priorità aziendali, ovvero sugli ambiti e le unità produttive di riferimento (in caso di strutture complesse) su cui applicare i criteri di scelta tecnici e sociali: quasi sempre, in tali casi, si tratta di modalità di applicazione dei criteri su cui i giudici non concordano, ovvero che palesano errori marchiani da parte delle imprese.

Se ciò è vero, appare evidente come la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi possa giustificare⁸⁶, sul piano della regolamentazione, l'opportunità di una sanzione meramente risarcitoria: un costo ulteriore a carico dell'impresa (oltre a quello dell'indennità di preavviso e del finanziamento Nاسpi già per legge a carico dell'impresa che decida di licenziare), che funga da assicurazione privata nel mercato del lavoro, del lavoratore ingiustificatamente licenziato (sino a 36 mesi dopo il decreto dignità come riconosce, *en passant*, la stessa Corte di appello).

La deterrenza a carico del datore di lavoro in crisi, di una ulteriore somma, non certamente irrisoria ormai, a titolo di risarcimento, non va pertanto sottovalutata. Che su tali somme possano essere anche calcolati i contributi o che esse debbano essere calcolate sulla base dell'ultima retribuzione di fatto percepite dal lavoratore, si può pure discutere: si tratta di ritocchi riformatori e di messa a punto regolativa, affidabili a un intervento razionalizzatore del legislatore (*infra* § 6), ma non certo a una ulteriore sentenza demolitoria della Consulta a cui non si può certamente affidare il ruolo di affinare la regolamentazione a colpi di sentenze che, a pezzi e bocconi, individuino la regola politicamente equilibrata: non sarebbe certamente questa anomala funzione para-legislativa quel che il legislatore costituente ha inteso affidare alla Corte cost., nel complessivo equilibrio dei poteri, con il controllo incidentale.

misure di sicurezza sociale per far fronte anche al licenziamento economico per ragioni legittime in ragione della fondamentale dimensione di *welfare* che lo permea quale rischio sociale. L'Autore considera socialmente marginale, in quanto riferito a situazioni peculiari, il licenziamento per inadempimento e invece centrale l'ipotesi, in quanto fisiologica, del licenziamento per ragioni economiche. Su questa sovrapposizione della valutazione statistica su quella assiologica, si dissente per le ragioni che si diranno *infra* § 6.

⁸⁶ A prescindere dall'ipotesi del licenziamento orale che richiama una arbitrarietà a monte della scelta produttiva, onde la sanzione reintegratoria prevista anche dall'art. 10 del d. lgs. 23/2015.

Il tema è, alla fine, sempre quello sollevato teoricamente da Marcello Pedrazzoli⁸⁷ e in qualche modo perseguito con qualche sbavatura tecnica, ma nulla di più, dalla riforma Fornero e, nel caso del licenziamento collettivo, modificata ragionevolmente dal Jobs Act; nessun ordinamento considera, e può considerare, la reintegra o la riparazione integrale del danno come rimedio olistico per ogni fattispecie di licenziamento invalido: per inadempimento, per inidoneità oggettiva, e per impossibilità sopravvenuta; si tratta di fattispecie di invalidità che giustificano rimedi non solo strutturalmente diversi, ma anche dissuasivamente gradati.

5.2. La questione di pregiudizialità europea

Nella ordinanza europea la Corte d'appello si preoccupa nell'*incipit* di spiegare⁸⁸, oltre che comunicare alla Corte di giustizia, il fondamento della doppia pregiudizialità costituzionale ed europea ("profili simili non pienamente sovrapponibili")⁸⁹ e il diverso obiettivo perseguito nella dimensione ordinamentale multilivello (l'"espunzione delle norme denunciate dall'ordinamento nazionale e l'interpretazione delle norme sovranazionali primarie, al fine di consentire [...] l'esercizio delle facoltà che l'adesione al Trattato consente"). Già questo, come rilevato, costituisce un profilo di sicuro interesse e oggetto di riflessioni plurime in punto di giustizia costituzionale che non possono essere riprese in questa sede.

L'ordinanza si articola poi in quattro pregiudiziali. Le prime tre sono in qualche modo sovrapponibili: l'interpretazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, in chiave tutela effettiva, adeguatezza, proporzionalità e deterrenza, come limite esterno e parametro di valutazione per misurare l'aderenza del

⁸⁷ PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 20: "gli è che quando nel bilanciamento di principi costituzionali, accanto al diritto al lavoro gioca quello alla libertà di iniziativa, difficilmente espressioni come "riduzione o trasformazione di attività e lavoro" sono atte ad indurre una selezione univoca. Quando, ad esempio, fra i possibili obiettivi sottostanti alla decisione imprenditoriale, si distingue fra quello di salvare l'impresa e/o la sua concorrenzialità, e quello di aumentarne il rendimento, accrescendo il profitto, *quid juris?* Il percorso argomentativo diventa accidentato; e la pretesa di trarre nei due casi conclusioni opposte sul piano del trattamento normativo è inevitabilmente controvertibile".

⁸⁸ Punto 17 ss.

⁸⁹ "Doppia rilevanza di possibile conflitto, potendo contemporaneamente incidere su un piano costituzionale interno e su diritti e principi sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione".

diritto interno a quello europeo, contro ogni tipo di licenziamento e in particolare con riguardo al licenziamento collettivo regolato dalla direttiva 98/59/CE. Secondo la Corte di Napoli, un'interpretazione dell'art. 30, comprensivo del richiamo all'art. 24 della Carta sociale per come riletta dal Comitato (seconda e terza pregiudiziale), osta a un regime di tutela contro il licenziamento collettivo come quello italiano che sia solo parzialmente risarcitorio e non reintegratorio o integralmente risarcitorio.

La Corte di appello ritiene⁹⁰ – in implicita ma chiara contrapposizione, in questo caso, al consolidato indirizzo della Corte costituzionale italiana (sentenza n. 46/2000)⁹¹ – che alla luce del quadro europeo di tutela effettiva contro il licenziamento, prima delineato, non esista una piena e discrezionale autonomia dei singoli paesi in materia di rimedi al licenziamento (*rectius* ad ogni tipo di licenziamento). Ciò perché i caratteri di tutela effettiva secondo lo standard europeo ritenuto massimo, e integrante un diritto fondamentale (di fatto si teorizza una sorta di costituzionalizzazione europea del rimedio della reintegra per ogni tipo di licenziamento), costituiscono il contenuto essenziale della tutela contro il licenziamento illegittimo. Con la quarta pregiudiziale, effettivamente autonoma dalle prime tre, la Corte introduce – in tal caso in aperto contrasto con la decisione della Corte costituzionale 194/2018 – l'argomento della violazione dei principi di non discriminazione e parità di trattamento e del diritto alla sicurezza sociale (art. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) – ma anche di tutela effettiva ex art. 47 della Carta – con riguardo ai due regimi di tutela differenti in ragione del fluire del tempo; e introduce pure la suggestione della *age discrimination* con riguardo al *vulnus* che il sistema rimediale italiano finirebbe per produrre sui giovani in ragione del criterio dell'anzianità di servizio (stranamente la Corte non considera neppure, né mette al corrente la Corte di giustizia, che nel sistema italiano di licenziamento collettivo proprio il criterio dell'anzianità – di servizio o anagrafica – è uno di quelli normalmente utilizzati nella scelta di chi licenziare, sempre a svantaggio dei più, relativamente e comparativamente, giovani).

Al contrario del Tribunale di Milano la curvatura delle questioni di pregiudizialità direttamente ed esplicitamente sul regime del licenziamento col-

⁹⁰ P. 63 della ordinanza pregiudiziale europea.

⁹¹ Per questo orientamento invece ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento*, cit.; ID. *Le fonti di diritto internazionale*, cit.

lettivo, dovrebbe mettere al riparo la sollevata questione dai rischi di dichiarazione di incompetenza da parte della Corte di giustizia, ma pare evidente che l'obiettivo perseguito dalla Corte di appello sia una sorta di effetto domino: se la Corte di giustizia dovesse accettare le pregiudizialità europea la ricaduta (e lo sconvolgimento) sull'intero impianto delle tutele crescenti, e persino sulla Fornero, sarebbe evidente. Dopo di che il Giudice delle leggi non potrebbe che prenderne atto per evitare il conflitto ordinamentale e adeguarsi (non pare proprio che la tutela risarcitoria, a quel punto, possa essere rivendicata come controlimita ordinamentale da parte della Corte costituzionale in ossequio alla sua giurisprudenza).

6. *Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediabile della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore*

La previsione di scrive è che né la nuova questione di legittimità costituzionale, né le due questioni di pregiudizialità europea sollevate dai giudici italiani alla fine sortiscano gli effetti tellurici sulle tutele crescenti a cui sono mirate. Troppo recente e chiaro, nella sua finalità di mediazione anche politica, l'equilibrio raggiunto dai giudici costituzionali, sia con la sentenza 194, sia con le pronunce precedenti sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale. Troppo resta la Corte di giustizia ad impegnarsi su questioni di rilievo domestico più che europeo come quello del regime rimediabile interno; e ciò malgrado le recenti e forti aperture del Comitato Europeo dei Diritti Sociali la cui giurisprudenza non pare, tuttavia, sino ad ora entrata in dialogo diretto con la Corte di giustizia. Troppo recente, poi, il caso Taricco perché le Corti possano aprire un nuovo fronte di conflitto che non rimarrebbe, in questo caso, materia riservata agli addetti ai lavori per la ricaduta che avrebbe, data l'incandescenza della materia, sull'opinione pubblica e sugli equilibri interni di governo.

Tutto ciò non solo non sottrae spazio ma conferma l'opportunità che la parola ritorni al legislatore: a un legislatore saggio e non mosso da atteggiamenti iconoclastici che volesse giocare, anche d'anticipo, rispetto al giudizio incardinato davanti alle Corti supreme (magari togliendo loro le castagne dal fuoco).

I giudizi pendenti, e che vanno moltiplicandosi, costituiscono, infatti,

sollecitazioni forti per un intervento di razionalizzazione di una disciplina che, come da più parti si sostiene⁹², ha subito tanti e tali rimaneggiamenti da apparire troppo frammentata, sfilacciata e alla fine incerta, con quel che ne segue in termini di prevedibilità degli effetti e conseguente disagio per gli operatori⁹³.

Il punto di partenza non può che essere un ritorno allo spirito della Fornero e non certo all'art. 18 dello Statuto, come vorrebbe la Cgil⁹⁴, ma con una radicale rimessa in discussione del Jobs act con riguardo al regime rimediabile del licenziamento disciplinare. Alla presa d'atto della diversità morfologica (duale in Italia, triadica altrove)⁹⁵ della fattispecie giustificativa del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi (in primo luogo reintegratorio e indennitario) con ulteriori possibili sotto-classi differenziali (forti e deboli) non tali tuttavia da frammentare eccessivamente il quadro come, in effetti, con la stessa riforma Fornero è avvenuto.

⁹² In tal senso DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, p. 637, che, a proposito dei regimi rimediabili, parla di una selva intricata di ben 12 diversi regimi sanzionatori. Secondo TUCCI e la tabella presentata su *Il sole* 24 ore del 11 luglio 2018, i regimi sarebbero 13: *Caos normativo, per i licenziamenti i regimi di tutela salgono a 13*. Secondo altri schemi circolanti nel web, sarebbero addirittura 15 dopo gli ultimi cambiamenti: <https://www.dirittolavoro.com/2019/07/22/le-diverse-conseguenze-dei-licenziamenti-illegittimi-nel-vigente-ordinamento/>.

⁹³ Sono interessanti i risultati che emergono dal fascicolo presentato dalla Commissione di certificazione dell'Università Roma 3, ove si analizzano gli scostamenti degli indennizzi decisi dai giudici di merito per licenziamenti individuali in regime di tutele crescenti (dopo la sentenza della Corte n. 194) rispetto a quel che sarebbero dovuti essere sulla base dell'applicazione del criterio aritmetico, obbligato, dell'anzianità di servizio: il dato cumulativo, già interessante in sé, è che, nelle 37 sentenze prese in considerazione (certamente non un campione avente valore statistico ma solo indicativo), si sono irrogate condanne per 263 mensilità rispetto alle 123,8 mensilità che si sarebbero invece dovute irrogare con il criterio matematico: praticamente più del doppio. Altrettanto interessante è il dato che i giudici utilizzano con grande parsimonia il potere di determinazione dell'indennizzo nel massimo (il risarcimento maggiore è di 15 mensilità) e ciò sembrerebbe una tendenza ancora in atto, anche dopo l'entrata in vigore del decreto dignità che ha, com'è noto, aumentato il massimo rispetto alle tutele crescenti (ma qui i casi analizzati sono molto limitati e quindi poco significativi in assoluto). Pare comunque importante riprendere, sistematicamente, questa tipologia di ricerca, con metodo interdisciplinare, sui "fatti" anche nell'ambito degli studi giuslavoristici, così come avvenne nella fase del rinnovamento del metodo: si fa riferimento alle ricerche dei gruppi bolognesi e baresi e alle indagini sull'applicazione giurisprudenziale dello Statuto coordinate da T. Treu alla fine degli '60 e all'inizio degli anni '70 del secolo scorso.

⁹⁴ Si v. la proposta contenuta nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil, art. 83.

⁹⁵ Si rinvia alla citata ricerca comparata curata da PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit.

6.1. *Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare*

Come si è già rilevato, la differenza morfologica tra licenziamento per cause soggettive e per ragioni *lato sensu* economiche è strutturale. Il licenziamento per ragioni soggettive sarà pure statisticamente relegato al margine rispetto al licenziamento per ragioni economiche come ricorda Marcello Pedrazzoli, ma rimane “costituzionalmente pericoloso” come ebbe a scrivere F. Mancini⁹⁶. A prescindere dal licenziamento nullo perché discriminatorio o ritorsivo, su cui la convergenza dei sistemi europei a favore del rimedio ripristinatorio pieno è stata oggetto di rilevazione comparata, il nodo lasciato aperto dalla riforma Fornero è il licenziamento soggettivo illegittimo perché sproporzionato. Un fatto intenzionale implicante una infrazione di poco momento, un inadempimento non notevole ancorché disciplinarmente rilevante, genera comunque l'efficacia del licenziamento ma un indennizzo, oggi, non certamente di scarso rilievo nel massimo, e con applicazione prudente dei giudici di merito anche dopo la sentenza n.194 della Consulta⁹⁷.

⁹⁶ MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Giuffrè, 1965, p. 95. Tesi poi ripresa da D'ANTONA (*La reintegrazione nel posto di lavoro*, p. 87, ora in B. CARUSO, SCIARRA, cit.), secondo il quale il licenziamento disciplinare è capace “di spiegare all'interno di una relazione privata una efficacia tale da mettere in pericolo libertà e diritti fondamentali della persona”, ove il riferimento alla posizione di NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *DL*, 1956, p. 10 ss., che mette in rilievo i profili di sicurezza esistenziale che la disciplina a tutela del licenziamento illegittimo per colpa presenta.

⁹⁷ Se si eccettua la limitata rilevazione della Commissione di certificazione dell'università di Roma 3 (*supra*, nt. 93), mancano ancora rilevazioni sistematiche sugli orientamenti giurisprudenziali in termini di *quantum* dell'indennizzo. Da quel limitatissimo campione, come si accennava, risulta tuttavia che i giudici di merito sembrano orientati a contenere gli indennizzi nel massimo pur giungendo, dopo la sentenza della Consulta n. 194, ad attestarsi su somme superiori a quelle previste con il sistema matematico delle tutele crescenti. Quel che si evince è che, in alcuni casi, i giudici utilizzano certamente anche il criterio del comportamento delle parti e in particolare del datore di lavoro nel caso di licenziamento per inadempimento per innalzare la quantificazione dell'indennizzo, cfr.: Trib. Venezia 9 gennaio 2019 (ma di un solo mese rispetto al criterio matematico dell'anzianità); App. Firenze 14 gennaio 2019 (11 mensilità aggiuntive); Trib. Cosenza 2 febbraio 2019 (tre mensilità aggiuntive); App. Roma 25 febbraio 2019 (6 mensilità aggiuntive); Trib. Milano 26 febbraio 2019 (due mensilità aggiuntive); Trib. Roma 9 aprile 2019 (4 mensilità aggiuntive); Trib. Caltanissetta 5 aprile 2019 (appena una mensilità aggiuntiva); Trib. Venezia 12 giugno 2019 (10 mensilità aggiuntive, 14 in tutto, in un caso di licenziamento non solo sproporzionato, ma su cui lo stesso Tribunale dubita circa la reale sussistenza del fatto contestato; con addebito, tuttavia, della insufficienza della prova della insussistenza – prova negativa – sul lavoratore).

E tuttavia non è sufficiente, per l'effetto ripristinatorio del rapporto, che il giudice lo dichiari illegittimo sulla base della ponderazione degli interessi e della valutazione delle circostanze di fatto in varie guise attenuanti la responsabilità. In tale situazione – al contrario di altri ordinamenti ove i Tribunali possono ordinare la ricostituzione del rapporto (Gran Bretagna, Germania) – al giudice italiano questa possibilità non è data. In regime di Jobs Act a una infrazione lieve, contestata e accertata, può seguire il trauma della interruzione del rapporto⁹⁸, in alcuni luoghi di lavoro ove il datore adotti una *policy* disciplinare rigorosa, con il giudice che valuta, di volta in volta, e secondo parametri non del tutto liberi ma “orientati”, il *quantum* di risarcimento, variabile entro un range ormai elevato; in altri no, se il datore decide di non seguire il medesimo rigore e applicare il principio di proporzionalità (a una infrazione lieve non corrisponderà la sanzione massima ma una sanzione conservativa, come è giusto che sia).

È proprio questo il meccanismo che fa sostenere alla parte della dottrina più schierata a favore del Jobs Act – e, invero, anche a un indirizzo giurisprudenziale importante, ma non certo maggioritario⁹⁹ – che la sanzione ripristinatoria da “sole” del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo sia stata ridimensionata al ruolo di “pianetino”: una tutela al margine del sistema. Con la conseguenza, ermeneuticamente importante, che considerando la tutela obbligatoria basica (quella forte) meccanismo *default*, essa andrebbe applicata in tutte le ipotesi in cui dal sistema non risulti chiaro quale sia la tutela applicabile: licenziamento in ragione del trasferimento di azienda o di ramo; licenziamento connesso alla mancata accettazione della trasformazione del lavoro in *part time* o viceversa e così via; limitando, in tal modo, il rinvio al rimedio ripristinatorio contenuto nell'art. 18 primo comma e nell'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 (altri casi di nullità previste dalla legge, con l'aggiunta dell'avverbio “espressamente” nelle tutele crescenti).

Tale ipotesi interpretativa potrebbe forse avere un qualche fondamento guardando alle tutele crescenti – ove è evidente l'intenzione del legislatore di ridimensionare in maniera decisiva il rimedio della reintegra e indebolire lo stesso sistema indennitario – ma questo non è certamente vero per la riforma Fornero, ove sistematicamente è molto chiara invece l'intenzione di un riequilibrio ragionevole del sistema, non certo di un drastico ridimen-

⁹⁸ Il caso di Trib. Venezia 12 giugno 2019, citato alla nota precedente, palesemente iniquo.

⁹⁹ La già citata sentenza della Cassazione: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

sionamento della tutela ripristinatoria a favore di quella indennitaria, attuato invece con il *Jobs Act*.

Il sistema della legge Fornero agisce certamente su un punto importante con riguardo al licenziamento per colpa: disancora la tutela ripristinatoria dal principio di proporzionalità della fattispecie e lo fa in maniera tale da porre al riparo, come la stessa Consulta ha riconosciuto, tale cambiamento da profili di costituzionalità (l'argomento del *fluire del tempo* non è stato fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza 194).

La riforma Fornero, in ossequio al principio del bilanciamento, tuttavia “compensa” questo importante ridimensionamento della regola della proporzionalità legale nel licenziamento (fissata, in generale, per il potere disciplinare dall'art. 2106 del c.c.), con la valorizzazione della regola della proporzionalità di fonte negoziale, fissata cioè dall'autonomia collettiva, la cui violazione consente al giudice il ripristino del rapporto¹⁰⁰.

Basta solo questa ipotesi per smentire la tesi della tutela obbligatoria come regola *default* nel sistema Fornero: un fatto non ritenuto grave dall'autonomia collettiva (non tale da giustificare il licenziamento come sanzione proporzionata), anche se disciplinarmente rilevante, non solo non può determinare il licenziamento legittimo, ma nel caso di dichiarazione di illegittimità per violazione del disposto contrattuale, consente al giudice di dichiararne anche l'inefficacia (sistema della reintegra debole: art. 18, comma 4).

In altri termini, la regola della proporzionalità, allo scopo della reintegra, con la riforma Fornero, viene trasferita dal piano della regola generale e astratta del precetto legale (art. 2106 c.c.) e della conseguenziale sussunzione dei fatti disciplinari nel principio legale di proporzionalità in concreto, al piano, non meno rilevante giuridicamente, ma certamente più dipendente dalla precisione descrittiva (a volte invero carente e fonte di incertezza)¹⁰¹

¹⁰⁰ Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro perché “il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, annulla il licenziamento e dispone la reintegrazione debole o attenuata.

¹⁰¹ Nei contratti collettivi la descrizione dell'infrazione, allo scopo della graduazione delle sanzioni (sino al licenziamento), fa spesso riferimento al connotato/requisito del tutto generico della “gravità” del medesimo comportamento per determinare il tipo di sanzione che circolarmente rinvia poi all'accertamento dei fatti operato dal giudice e conseguentemente al suo

della fattispecie di infrazione di origine contrattuale collettiva e della predisposizione della relativa sanzione.

Un tale sistema certamente ha il potenziale limite, rispetto al sistema della proporzionalità legale con effetti ripristinatori, di duplicare la valutazione e la calibratura della regola di proporzionalità (prima da parte dell'autonomia collettiva, poi da parte del giudice). La regola della proporzionalità convenzionale, inoltre, risulta – quanto a efficienza e precisione descrittiva della norma allo scopo della certezza dell'operazione sussuntiva – dipendente dalla “qualità” del codice disciplinare inserito nei contratti collettivi; intendendosi per qualità una selezione ragionevolmente discreta e adeguatamente descrittiva, oltre che prescrittiva, delle fattispecie di infrazione e delle relative sanzioni con riguardo al grado della colpa e della responsabilità. Si tratta, invero, di codici, nella migliore delle ipotesi, non certamente in grado di assumere e imbrigliare per intero la complessa realtà dei comportamenti di inadempimento, anti-giuridici e intenzionali, nelle mutevoli e complesse realtà dei palcoscenici di vita reale che sono diventati, soprattutto oggi, i luoghi di lavoro; né in grado di tarare e misurare e descrivere con assoluta esattezza il diverso grado della colpa allo scopo della giusta sanzione.

L'apparato rimediabile, congegnato dalla legge Fornero, tuttavia costituisce certamente un sistema in grado di evitare la disparità di trattamento derivante dal medesimo fatto lieve, disciplinarmente rilevante, (ma *non* sanzionato dal contratto collettivo con il licenziamento) che produce, in un caso (regime Fornero), un licenziamento invalido ed inefficace (non applicandosi, allo scopo della reintegra, la regola della proporzionalità legale con riguardo al fatto contestato, ma solo quella convenzionale) e, in uno simile, un licenziamento invalido ma efficace (non applicandosi nel regime del Jobs Act, allo scopo della reintegra, né la regola della proporzionalità legale né quella convenzionale).

Tale palese differenziazione di trattamento di casi uguali viene evitata nella misura in cui – come consentito nel sistema Fornero al netto dal Jobs Act – a integrazione del sistema rimediabile legale, risulti operativo (meglio ovviamente se razionalmente dettagliato) un sistema convenzionale adeguato di rilevazione del grado della colpa e della responsabilità, con riferimento alle diverse infrazioni e sanzioni disciplinari, in grado di indirizzare la valutazione di proporzionalità del giudice anche con riguardo alla “qualità” del rimedio e non solo al quantum dell'indennizzo.

Ciò certamente avverrebbe in maniera più adeguata di quanto in effetti

succede oggi – laddove si applica, sempre più residualmente, in ragione del fluire del tempo, il regime Fornero – se gli attori sociali vi avessero fatto consapevolmente da sponda, adeguando, con regolazioni più precise, i contratti e i codici e tendenzialmente coordinandoli per evitare differenziazioni eccessive tra settori produttivi.

Va peraltro rilevato, in via generale, che proprio l’aver espunto il principio di proporzionalità legale dalle ipotesi di inefficacia di licenziamento illegittimo ha costretto i giudici più sensibili a tale principio, originariamente, a inventarsi la teoria del fatto giuridico, comprensivo del giudizio di proporzionalità¹⁰² e – dopo la inequivocabile presa di posizione della Corte di Cassazione sulla inconferenza della valutazione di proporzionalità in concreto con riguardo all’accertamento della sussistenza del fatto allo scopo della individuazione del rimedio – ad attestarsi sulla frontiera della rilevanza disciplinare del fatto materiale¹⁰³: se il fatto “sbiadisce” oltre un certo limite quanto a pregnanza disciplinare e se comunque non superi, a una valutazione di primo acchito, la soglia dell’inadempimento notevole (la proporzionalità in astratto)¹⁰⁴, esso anche se sussistente, si “smaterializza” sino a entrare nel buco

convincimento. Difficilmente i contratti collettivi scandiscono e circoscrivono con precisione i contorni delle fattispecie di infrazione alle quali collegare in via gradata la tipologia delle sanzioni o l’intensità di esse.

¹⁰² La sentenza simbolo, in tal senso, fu Trib. Bologna 15 ottobre 2012, una delle prime già all’indomani della legge Fornero. Si trattò di un orientamento, anche dottrinale (si v. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4/5, p. 785 ss.), che probabilmente contribuì a produrre l’irrigidimento successivo del legislatore del *Jobs act*.

¹⁰³ La prima, meno meditata, sul fatto materiale fu Cass. 6 novembre 2014, n. 23669; poi, a ristoro di un maggior equilibrio interpretativo, Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745 e Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 e, con riguardo al *Jobs act*, Cass. 8 maggio 2019, n. 1274 (laddove si afferma l’applicabilità della reintegra anche nelle ipotesi in cui il fatto pur sussistente non presenti profili di illiceità). Secondo i recenti *arrêt* della Suprema corte, orientamento che si può considerare ormai consolidato, un fatto contestato deve avere i crismi minimi della condotta disciplinare: se esso non soltanto non è stato commesso o non è stato commesso con intenzione (forza maggiore), ma costituisce una condotta disciplinarmente irrilevante a giudizio insindacabile del giudice (non supera la soglia minima della rilevanza) il fatto non sussiste anche se sia materialmente avvenuto: a questo approdo della Cassazione ha contribuito anche la lucida ed equilibrata messa a punto della teoria del fatto disciplinare sussistente elaborata da DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare contestato, clausole elastiche “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, 2, p. 279 ss.

¹⁰⁴ Secondo una tesi ciò avverrebbe perché è rimasta invariata la fattispecie di giustificato motivo soggettivo che fa riferimento all’inadempimento notevole: AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 895, secondo cui la riforma Fornero avrebbe scisso in due sottoclassi il concetto prima unitario di proporzionalità. Sul piano logico, la verifica della pro-

nero dell'insussistenza, dove scompare come fatto legittimante il licenziamento e riappare, alchemicamente, in una diversa composizione chimica: come (non) fatto che giustifica anche il rimedio reintegratorio (debole); ciò vale, secondo la Suprema Corte, sia per il regime Fornero sia per le tutele crescenti¹⁰⁵.

Ora è evidente che tanto più la irrilevanza disciplinare del fatto diventa l'unico viatico (oltre i casi limite di licenziamento nullo perché discriminatorio) per consentire il ripristino del rapporto, tanto più tale spazio, oggettivamente limitato, è destinato a dilatarsi, soprattutto a opera di giudici di merito riluttanti a seppellire in modo indolore la regola di proporzionalità in astratto – specie nel regime delle tutele crescenti –, con il rischio di operazioni di vera e propria smarginatura dei confini di tale spazio della irrilevanza: se l'inadempimento non è notevole, il fatto non sussiste e quindi non c'è giustificato motivo¹⁰⁶.

Il ricorso a tale evidente forzatura è in qualche modo giustificato dall'abolizione della seconda ipotesi di reintegrazione debole operata dalle tutele crescenti, abolizione che ha infranto il ragionevole equilibrio raggiunto invece dalla legge Fornero, che consentiva la reintegrazione anche nelle ipotesi di violazione in concreto della regola della proporzionalità in ragione di una valutazione in tal senso da parte dell'autonomia collettiva (il fatto meritevole solo di sanzione conservativa).

Con il Jobs act si è, pertanto, realizzato uno scostamento di asse verso la

porzionalità in astratto precederebbe la verifica della proporzionalità in concreto con riguardo alla costellazione dei comportamenti concreti, delle attenuanti, delle circostanze di contesto e così via: tale mancanza di proporzionalità in concreto dà luogo comunque a un licenziamento illegittimo ma efficace. Secondo l'Autore una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 1, del *Jobs Act* non dovrebbe condurre a modificare questo schema di lettura, malgrado il tentativo del legislatore di ricondurre alla tutela indennitaria anche le ipotesi in cui il fatto materiale contestato si presenti in sé quale violazione della regola della proporzionalità in astratto.

¹⁰⁵ Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, con nota parzialmente critica di MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza*, cit., p. 952 ss., in ragione del fatto che, nella motivazione della sentenza, non risulterebbe chiaro se il fatto contestato (l'abbandono del posto per una pausa volontaria, motivato dalla durata eccessiva del turno di lavoro) fosse privo del requisito dell'inadempimento notevole e perciò privo di ogni rilevanza disciplinare, ovvero se avesse dato luogo ad un inadempimento pur sempre notevole ma non tale da giustificare il licenziamento per il gioco delle attenuanti (la durata del turno); in tal caso dovendosi applicare soltanto la sanzione indennitaria.

¹⁰⁶ Che è poi il senso ultimo della critica di Maresca alla sentenza prima citata, allorché richiama la Corte ad una maggiore attenzione alla reale dinamica del fatto.

non protezione riconducibile a tre potenziali *vulnera*¹⁰⁷: a) la scarsa dissuasività dell'indennizzo economico a cui si è posto riparo con il combinato disposto dell'intervento del legislatore stesso e della Consulta; b) La differenziazione delle tutele in ragione del fluire del tempo, questione riaffidata alla valutazione delle Corti supreme, qualora la materia non fosse loro sottratta da ulteriore intervento razionalizzatore del legislatore; e, infine, c) l'eliminazione del rimedio della reintegrazione in regime debole, nel caso in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi.

È lungo la direttiva della regolazione della proporzionalità in concreto in via convenzionale che un intervento del legislatore sul licenziamento per colpa può contribuire a riequilibrare l'asse della protezione nel licenziamento costituzionalmente sensibile e ri-operare un bilanciamento più corretto. La disciplina di quel che rimane del contratto a tutele crescenti, per questa parte, va abrogata non per ripristinare il vecchio articolo 18, ma per tornare al bilanciamento equilibrato, operato dalla legge Fornero¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Più in generale va detto che se indubbiamente, in vigenza dell'art. 18, nella versione statutaria originaria - anche per l'effetto di cumulo di fattori a esso esterni (una giurisprudenza eccessivamente paternalistica, l'inefficienza del processo del lavoro, l'univocità del rimedio reintegratorio)-, l'asse era troppo spostato a favore della tutela, non tanto del lavoro in astratto, ma di comportamenti di *moral hazard* dei lavoratori (lo scarso rendimento che si manifesta con comportamenti difficilmente sanzionabili e perseguibili: l'assenteismo tattico o l'abuso della legge 104), il bilanciamento operato con il *Jobs act* e le tutele crescenti è risultato sproporzionato con riguardo al licenziamento per inadempimento. Ciò è avvenuto non solo in ragione dei nuovi dispositivi tecnici in sé considerati, quanto perché, contemporaneamente alla loro entrata in vigore, si sono assestati alcuni effetti sistemici di cambiamento, innestati in precedenti stagioni regolative che hanno prodotto effetti di allentamento della tutela, in contemporanea alla stagione del *Jobs act*. E' sufficiente richiamare il maggior costo di accesso alla giustizia, lo spostamento sul lavoratore del rischio di durata del processo, la stretta sulla condanna alle spese - di fatto posta a carico della parte processuale debole - ma anche un ripensamento giurisprudenziale diffuso di maggiore attenzione alle esigenze dell'impresa e di maggior rigore nei confronti di comportamenti di *moral hazard* o moralmente ritenuti non commendevoli, anche di tipo *extra-lavorativo*, per esempio l'uso di sostanze stupefacenti in privato (ragioni quindi di cambiamento culturale nel senso di un maggior rigore: il lavoratore ricorrente non più considerato appartenente ad una classe svantaggiata e che merita, comunque, un *quid pluris* di tutela, ma rientrante in un mero aggregato di individui più liberi ma anche più responsabili e quindi più soli); l'uso a volte poco controllato del fattore fiducia soggettiva come impropriamente integrativo della fattispecie giustificativa del recesso maggiore (l'inadempimento gravissimo).

¹⁰⁸ Comprensivo anche del rito speciale, a tutela della durata del processo, il cui rischio grava ormai sul lavoratore, come ha evidenziato la Cassazione con la recentissima Cass. 13 settembre 2019, n. 22929.

Tale ritorno dovrebbe avvenire non solo in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, ma in nome di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva – soprattutto su materie costituzionalmente sensibili – come integrazione del precetto legale, rinverdendo la tradizione dello schema devolutivo e di integrazione virtuosa di fonti, tipico del diritto del lavoro nella tradizione italiana.

6.2. Il licenziamento per ragioni economiche: per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario

La medesima esigenza di cambiamento del Jobs Act, e di ritorno alla Fornero, non vale con riguardo al licenziamento economico, sia nella variante individuale sia collettiva.

In tal caso va ribadita, in via generale, l'opportunità del modello dualistico (reintegra attenuata e delimitata per i licenziamenti per colpa e indennizzo per il licenziamento economico) affermatosi definitivamente e opportunamente con il Jobs act in modifica della Fornero, sistema questo, come è noto, che prevedeva due incongruità rispetto al modello dualistico puro: la reintegra per manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo e la reintegra per il licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, oggetto quest'ultimo delle ordinanze di remissione prima esaminate.

Marcello Pedrazzoli, negli interventi più volte richiamati, con grande efficacia e con dispiegamento di tutta la potenza di fuoco dell'uso corretto del metodo comparato, ha dimostrato non solo l'opportunità assiologica¹⁰⁹,

¹⁰⁹ “Ne viene che quando la decisione determina pur lecitamente la perdita del posto di lavoro, l'imprenditore deve farsi carico, in una qualche misura, delle conseguenze sociali che colpiscono il lavoratore. In tal modo potrebbe realizzarsi la sintesi auspicata fra la dimensione di *welfare* e la risposta non sanzionatoria richiesta dal licenziamento (lecito) per ragioni obiettive. Invero, il diritto di iniziativa economica non può essere inteso come diritto inviolabile ma come diritto sociale fondamentale, il cui contenuto varia storicamente in ragione della costituzione economica materiale. Si apre allora la possibilità di sviluppare un apprezzamento di norme ad alta valenza ermeneutica (artt. 2, 4, 35, c. 1, 41, c. 2, Cost.): norme mai abbastanza scandagliate e comunque da interrogare alla luce delle precomprensioni imposte dai disastri sociali nell'epoca della finanziarizzazione e del liberismo oltranzisti. In conclusione, avendo la caratteristica di essere un rischio pregiudizievole *tout court*, al licenziamento per motivi economico-oggettivi il lavoratore è esposto anche in conseguenza del lecito esercizio del diritto di iniziativa economica. Essenzialmente questo lo rende un istituto distinto; e la distinzione è segnata questo sembra indicare il riscontro comparato dai beni costituzionali che vengono rispettivamente in gioco

ma anche la copertura in termini di bilanciamento di valori costituzionali in gioco del rimedio indennitario nel licenziamento economico¹¹⁰, oltre che l'efficacia pratica/welfarista di tale rimedio in tutte le ipotesi in cui il giudice ritiene illegittimo il licenziamento economico; l'autore si spinge sino al punto, se non si è inteso male, di giustificare anche, in qualche modo, una versione attenuata della teoria del *firing cost*. Tale teoria economica¹¹¹ non è proponibile per ragioni economiche e giuridiche: economicamente non conviene neppure all'impresa, che sarebbe costretta a sostenere un costo ulteriore anche nel caso di licenziamento legittimo; si porrebbe, sul versante del lavoratore potenziale ricorrente, in contrasto con l'art. 24 della Cost.

Vale per altro rilevare, in termini di *policy*, che la tutela indennitaria attualmente apprestata dall'ordinamento in tutte le ipotesi di licenziamento economico illegittimo¹¹² (sino a un massimo di 36 mensilità nel sistema del *Jobs act*, 24 nel sistema della Fornero, *a latere* le incertezze della “manifesta” insussistenza in quest'ultimo caso) pare rimedio adeguatamente protettivo. Si deve però osservare che il doppio regime indennitario nel licenziamento economico che si è venuto di fatto a creare dopo il decreto dignità (da 12 a 24 e da 6 a 36 mensilità), sia suscettibile di necessaria razionalizzazione normativa: o si opta per un regime indennitario o si opta per un altro, non ha proprio senso mantenerli entrambi (e questo vale anche per le ipotesi in cui si accerti la sussistenza del fatto contestato con violazione della regola della

nei due casi, e dalle gerarchie ed equiordinazioni che si verificano quando si procede al loro bilanciamento”, così PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 50.

¹¹⁰ “Nei licenziamenti [...] dovuti invece a ragioni di tipo obiettivo-economico (ovviamente quelli che siano tali, e non quelli che si rivelino nascondere il motivo soggettivo), siamo di fronte a beni di rango costituzionale fra loro in rapporto di regola/eccezione, ovvero di diritto e suo limite. In tal caso vengono in gioco interessi e valori che possono confliggere (*in primis*, quelli collegati al “diritto al lavoro” e al diritto di “iniziativa economica privata” i quali, osservando gerarchie e/o stabilendo equivalenze, ammettono il loro bilanciamento. A me pare – continua l'Autore – che, nel caso di licenziamento per motivi di tipo oggettivo-economico, gli interessi tutelati negli artt. 4 e 41, cc. 1 e 2, Cost. si bilancino in guise per cui, all'esercizio pur legittimo della libertà accede l'obbligo di proporre al lavoratore che perde il posto un ristoro o indennizzo”: PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 39.

¹¹¹ Si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

¹¹² Dalla violazione degli obblighi di *repêchage*, sino alla violazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo e, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, anche nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, nonché degli obblighi procedurali previsti dalla legge 223/91, in particolare gli artt. 4 comma 12 e 5 comma 1, richiamati dall'art. 10 del d.lgs. 23/2015.

proporzionalità in concreto anche nel regime disciplinare. La scelta tra i due regimi indennitari ovviamente attiene al tasso di dissuasività che si intende incorporare nella sanzione, affidata comunque al giudice nella determinazione in concreto (e si è visto che i giudici sembrano fare un uso parco del massimo)¹¹³.

Quel che vale la pena semmai ripristinare, come già nel regime Fornero, è il sistema della conciliazione obbligatoria a monte della irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, secondo molti osservatori, aveva dato buona prova di sé in funzione deflattiva.

6.3. *Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale*

La *querelle* sulla scarsa efficacia rimediale legata a taluni vizi procedurali (particolarmente grave la violazione del principio di immediatezza) è stata sdrammatizzata dall'intervento di mediazione ortopedica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹⁴. Sembra, infatti, non contestabile, in linea di principio e di bilanciamento necessario, l'opportunità di rimedi meno pesanti, e di natura in ogni caso indennitaria, per vizi procedurali realmente tali (l'errore formale datoriale, "in purezza").

L'ipotesi più grave di violazione di principi procedurali con ricadute su diritti fondamentali di certezza, affidamento, tutela dall'abuso, difesa, tutti sussunti nei corollari di immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione nel licenziamento disciplinare, è stata infatti ricondotta dalla SS.UU. della Cassazione – non certo con ragionamento logico lineare – nell'area del rimedio per ingiustificatezza¹¹⁵. Ne deriva l'applicazione della tutela indennitaria forte nel regime della Fornero, addirittura molto forte nel regime del Jobs Act, in ragione della modifica del decreto dignità e dell'abrogazione del sistema di determinazione automatica delle mensilità. Si tratta di una tutela di maggior favore ovviamente non invocabile da coloro cui si applica

¹¹³ In effetti il doppio sistema è persino ambiguo nella portata dissuasiva: è più dissuasiva una sanzione più alta nel minimo o più alta nel massimo? Il legislatore dovrebbe decidersi.

¹¹⁴ La più volte citata sentenza delle Sezioni unite: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

¹¹⁵ E non della insussistenza del fatto, secondo una ipotesi che pareva più coerente e formulata da un'altra sezione della Cassazione (Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513; sul punto si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.).

formalmente il regime Fornero: il che segnala una ulteriore esigenza di razionalizzazione normativa¹¹⁶, che non può non provenire dal legislatore, in ragione degli effetti di sbilanciamento alla rovescia delle tutele usufruibili sotto il regime Fornero, oggi per certi versi minori rispetto a quelle del regime del Jobs act dopo il duplice trattamento della Corte e del legislatore.

Sempre con riguardo al regime rimediabile per vizi formali e procedurali è probabile che diventi necessario, dopo l'intervento della Consulta, una rivisitazione della tutela indennitaria, sull'art. 4 del Jobs act (inevitabile per l'aspetto del regime automaticamente crescente, qualora non lo si ritenesse implicitamente abolito dalla pronuncia 194/2018). Il tema è già portato davanti alla Consulta dal Tribunale di Bari¹¹⁷.

Potrebbe essere anche oggetto di riflessione se il limite delle 12 mensilità, che era in qualche modo tarato sul tetto delle 24 mensilità del risarcimento forte, sia in regime Fornero sia nel regime di Jobs act, sia ora proporzionalmente adeguato al nuovo massimo di 36 mensilità per i vizi sostanziali: a parere di chi scrive, e contrariamente da quel sembra pensare il Tribunale che ha rimesso la questione alla Consulta, non c'è alcun motivo per gravare oltre il limite quantitativo delle 12 mensilità l'errore procedurale puro del datore di lavoro, specie di fronte a un licenziamento sostanzialmente legittimo, fermo restando che anche il tal caso la determinazione quantitativa della "gravità" dell'errore debba essere rimessa, per coerenza sistematica e volontà della Consulta, alla discrezionalità del giudice.

Altri profili non certo cruciali rispetto alla fondamentale alternativa tra modello rimediabile monistico e dualistico, ma comunque di rilievo, potrebbero essere oggetto di manutenzione e razionalizzazione legislativa e non certo di competenza delle Corti supreme.

Basti, a tale proposito, una mera elencazione, *random* e asistematica, di teste di capitolo: il regime di tutela obbligatoria nelle piccole imprese, in effetti eccessivamente tarato al ribasso nel sistema del Jobs act; il chiarimento del regime rimediabile (indennitario o reintegratorio) nelle ipotesi di nullità virtuali; il regime di calcolo delle indennità, con riguardo alla retribuzione ultima di riferimento (riferita al TFR o all'ultima globale di fatto) e ai relativi contributi; tema, come si è visto, a cuore alla Corte di appello di Napoli, che

¹¹⁶ Come quella segnalata a proposito della tutela nei confronti del licenziamento economico.

¹¹⁷ V. *supra*, nota 35.

vi ha speso molti argomenti – alcuni convincenti – nell’ordinanza di remissione. Il tema – che entra solo indirettamente nel regime rimediale specifico del licenziamento, ma di portata generale – del costo del ricorso alla giustizia, oggi effettivamente sbilanciato a carico dei ricorrenti dopo le ultime riforme, ma anche il costo della condanna¹¹⁸. L’opportunità di ripensare, anche dopo il Jobs act, a un modello processuale accelerato per le cause di licenziamento (ma eliminando le incongruenze del rito Fornero: la indiscutibile inutilità della fase di opposizione). L’opportunità di riequilibrio dell’allocazione del rischio della durata del processo prima troppo sbilanciato a carico del datore di lavoro nel sistema dell’art. 18 olistico, oggi forse eccessivamente sbilanciato a carico del lavoratore¹¹⁹.

C’è molto da fare, allora, per una operazione di *maquillage* e razionalizzazione complessiva del sistema rimediale in Italia dopo le diverse ondate regolative che si sono susseguite a partire dal 2012: il risultato attuale, al di là delle migliori intenzioni dei regolatori che si sono succeduti, è un sistema frammentato, incerto e asimmetrico, per alcuni aspetti anche ingiusto. Si tratta di mutamenti che richiedono l’utilizzo di attrezzature e *tools* regolativi anche sofisticati: non si può pertanto affidare alle Corti costituzionali supreme, sebbene dotate anche di importanti poteri di indirizzo, ma attrezzate soltanto con strumenti, sostanzialmente, di decisione binaria (sì/no), una operazione politica talmente complessa e delicata.

¹¹⁸ Quanto è equilibrato un sistema processuale che sacrifica all’esigenza di deflazione del contenzioso anche una sola domanda, specie se fondata, di tutela differenziata in ragione del costo della giustizia e dell’impossibilità di accesso? Quanto è in linea con il principio della parità delle armi e del processo equo la rinuncia ad una impugnazione, in regime di tutela differenziata, solo per il costo dell’impugnazione o per il rischio di condanna pesante alle spese del giudizio di impugnazione, sempre per l’obiettivo di deflazione?

¹¹⁹ Una causa di reintegrazione, soprattutto al Sud, dura normalmente ben oltre i canonici 12 mesi di risarcimento che si aggiungono alla reintegra, con rischio di copertura non integrale del danno, onde l’esigenza di agire sui meccanismi di accelerazione del processo a garanzia effettiva del lavoratore licenziato.

Abstract

Il saggio prende le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sulle c.d. tutele crescenti, al fine di analizzare le recenti ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia e alla Corte costituzionale dei Tribunali di Milano e di Napoli aventi ad oggetto la legittimità del diverso regime rimediale e processuale, previsto in caso di illegittimità del licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, e applicabile ai lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione.

La previsione dell'Autore sull'esito della nuova questione di legittimità costituzionale e delle due questioni di pregiudizialità europea è che non sortiranno gli effetti dirompenti sperati dai giudici remittenti. Da una parte, poiché è chiaro l'orientamento della Corte costituzionale sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale; e, dall'altra, poiché la Corte di giustizia è troppo restia a pronunciarsi su questioni che hanno forti ricadute sul diritto domestico, come quella sul regime rimediale.

La materia, però, eccessivamente rimaneggiata e frammentata, richiede un chiaro intervento legislativo di razionalizzazione che, secondo l'Autore, dovrebbe tenere conto che alle diversità delle fattispecie giustificative del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi.

A tal proposito, l'Autore analizza, nei due paragrafi finali, il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore e il licenziamento per ragioni economiche, auspicando, nel primo caso, il ripristino delle due ipotesi rimediali contemplate da quest'ultima, in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, e, soprattutto, di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva come integrazione del precetto legale; e suggerendo, nel secondo, che l'intervento del legislatore vada nel senso di prevedere un unico rimedio unitario, di tipo meramente indennitario.

The essay starts from the judgment of the Italian Constitutional Court no. 194/2018 on the Italian Jobs act and unfair dismissal remedies, with the aim to analyze the recent referring orders of the Tribunals of Milan and Naples to the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court dealing, specifically, with the legitimacy of the different remedies in case of collective dismissal for violation of the selection criteria depending on the hiring date of the employees.

The forecast of the Author about the outcomes of these judgments is that there will not be the disruptive effects hoped by the Italian remitting judges. From one side, because of the clear Constitutional court's position on the absence of a constitutional fundamental right to reintegration; and, from the other, because the Court of justice is usually unwilling to decide on issues that might have so many effects on domestic legal systems.

However, the matter, excessively emended and fragmented, needs a legislative intervention that, for the Author, should consider different remedies for different cases of dismissal.

About that, the Author analyses, in the two final sections, the dismissal for sub-

jective reasons and the dismissal for economic reasons, hoping, for the first case, the revival of the two hypothesis of remedies, to guarantee the balance between employer powers and employee' rights but, above all, the central role of collective bargaining autonomy; and suggesting, in the second case, to provide a single remedy, merely economic.

Key words

Contratto a tutele crescenti, licenziamento individuale, licenziamento collettivo, rimedi, dialogo tra le Corti.

Permanent employment contract with increasing protection, individual dismissal, collective dismissal, remedies, dialogue between Courts.

Alessandro Andronio

Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale

Sommario: **1.** La tutela penale contro le distorsioni del mercato del lavoro prima dell'introduzione del reato di "caporalato". **2.** Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (d.l. 13 agosto 2011 n. 138). **2.1.** La mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato. **2.2.** Le caratteristiche della condotta. **2.3.** Altri profili problematici. **3.** L'incidenza del *Jobs Act* e del d.lgs. n. 8/2016 sulla disciplina sanzionatoria, riforme in controtendenza. **4.** La riforma in senso ampliativo operata con la legge n. 199 del 2016. **5.** Il "caporalato" nella giurisprudenza. **5.1.** Cenni sulle pronunce dei giudici europei. **5.2.** La giurisprudenza nazionale fino al 2017. **5.3.** La giurisprudenza nazionale degli ultimi due anni. **6.** Brevi considerazioni conclusive.

1. La tutela penale contro le distorsioni del mercato del lavoro prima dell'introduzione del reato di "caporalato"

Il principio costituzionale della tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.), che si colloca nell'ambito dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) pone un limite strutturale all'esercizio dell'attività d'impresa, sia nella fase genetica della costituzione del rapporto di lavoro, sia nella fase dello svolgimento di detto rapporto, sia nella fase della sua cessazione. Nel bilanciamento fra i diversi valori costituzionali, il diritto di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost., deve essere, dunque, letto necessariamente alla luce delle esigenze di tutela della sicurezza, della libertà e dignità del lavoratore. In tale quadro, il regime sanzionatorio penale fornisce una serie di specifiche risposte dinanzi a situazioni di rischio, rafforzando non solo i precetti relativi allo svolgimento del rapporto di lavoro (sicurezza sul lavoro), ma anche quelli relativi alla fase della sua costituzione, ovvero alla

disciplina del mercato del lavoro, con particolare riferimento alla mediazione fra domanda e offerta¹. In tale ambito, la minore forza contrattuale del lavoratore lo costringe spesso a subire le scelte del datore di lavoro o, peggio, di soggetti che si inseriscano tra la domanda e l'offerta allo scopo di lucrare vantaggi illeciti. Si pone, così, il problema del "caporalato", ovvero di una serie eterogenea di sistemi informali di organizzazione del lavoro temporaneo, utilizzati tradizionalmente, ma non solo, nel lavoro agricolo svolto da braccianti, inseriti in squadre di dimensione più o meno grande². Il sistema si basa, essenzialmente, sull'iniziativa di un soggetto ("caporale") che si interpone illegalmente fra lavoratore e datore di lavoro allo scopo di reperire manodopera a basso costo nell'ambito di categorie socialmente deboli, e perciò disposte a fornire prestazioni lavorative a bassa competenza in condizioni di sfruttamento e in assenza di garanzie. Il caporale ingaggia per conto del proprietario i braccianti e fissa il loro compenso, dal quale trattiene per se quote corrispostegli sia dal proprietario sia dai lavoratori reclutati; cosicché i salari corrisposti ai lavoratori risultano notevolmente inferiori rispetto ai minimi sindacali applicabili, in un contesto di generale illegalità in cui vengono meno le garanzie e i controlli sulla qualità e la sicurezza della prestazione lavorativa, nonché il versamento dei tributi e dei contributi previdenziali.

Sebbene il legislatore abbia negli anni adottato normative dirette a vietare ogni forma di intermediazione nella somministrazione di manodopera, affermando il principio del monopolio pubblico del collocamento dei lavoratori³, allo scopo di evitare fenomeni di patologica diminuzione delle retribuzioni, è però mancata una normativa che sanzionasse specificamente il fenomeno del caporalato. Tale mancanza si è resa più significativa a seguito del progressivo superamento del principio del monopolio pubblico del collocamento⁴: prima ad opera della Corte di Giustizia CE (sentenza 11 dicem-

¹ Cfr. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *DDPen.*, IV, Utet, 1993, p. 64 ss.

² Cfr. MUSACCHIO, *Caporalato e tutela penale dei lavoratori stranieri: problemi e proposte di riforma*, in *LPO*, 2009, pp. 135-142; VIVARELLI, *Il caporalato: problemi e prospettive*, in *FA TAR*, 2008, p. 2917.

³ Su cui si vedano, l'art. 27 della legge 29 aprile 1949 n. 264 e gli artt. 1 e 2 della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, con cui si sanciva il divieto dell'imprenditore di affidare in appalto, in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro, mediante l'impiego di manodopera assunta o retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera da realizzare o del servizio da espletare.

⁴ Per una sintesi delle varie fasi di tale superamento, v.: TORDINI CAGLI, *Profili penali del*

bre 1997, in causa n. 55 del 1996), la quale ha affermato l'incompatibilità delle norme interne che sancivano il divieto di intermediazione di manodopera con le regole della concorrenza del mercato comune (artt. 82 e 86 del Trattato CE); poi, a seguito dell'introduzione del lavoro interinale da parte della legge 24 giugno 1997 n. 196 (c.d. "pacchetto Treu"); infine, con il decreto legislativo n. 276 del 2003 (c.d. "decreto Biagi"), che ha introdotto l'istituto della somministrazione di lavoro, realizzando una maggiore flessibilità del mercato del lavoro e una semplificazione degli strumenti contrattuali. Tale ultimo provvedimento ha avuto rilevanti riflessi anche sul piano penalistico, perché, all'art. 18, prevedeva diverse fattispecie di reato: esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione (comma 1), esercizio non autorizzato dell'attività di ricerca e selezione del personale (comma 1, quinto periodo), somministrazione non autorizzata e utilizzazione illecita (comma 2), appalto e distacco illecito (comma 5-*bis*)⁵. Si è trattato, però, di interventi tesi a garantire il rispetto delle regole sulla somministrazione e la regolarità formale dei rapporti, anticipando la tutela al momento della loro costituzione, più che ad evitare il fenomeno dello sfruttamento dei lavoratori⁶.

collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all' "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro", in *IPen*, 2017, p. 727 ss.; SANTISE, ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, 2017, pp. 977-986; D'ONGHIA, DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 352/2018, p. 10.

⁵ Si tratta di ipotesi oggi parzialmente riviste dal d.lgs. 15 giugno 2016 n. 81, il quale ha abrogato la fattispecie di somministrazione fraudolenta lasciando in vigore le fattispecie di somministrazione abusiva e utilizzazione illecita.

⁶ La giurisprudenza di legittimità ha ricostruito la successione tra le disposizioni nel senso che la fattispecie di illecita mediazione nella fornitura di manodopera punita dall'art. 27 della legge n. 264 del 1949 e quella di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 (la quale puniva sia il committente che l'appaltatore che ricorressero a qualsiasi esecuzione di prestazioni lavorative mediante impiego di manodopera assunta dall'appaltatore, ma di fatto operante alle dipendenze del committente) sono abrogate solo parzialmente dalla fattispecie di esercizio abusivo della intermediazione *ex art.* 18, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 (che punisce chiunque eserciti attività non autorizzate di somministrazione di lavoro e l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di lavoro fornita da soggetti non autorizzati o comunque al di fuori dei casi previsti dalla legge), in quanto l'area dell'intermediazione abusiva era molto più ampia quando la legittima intermediazione era monopolio degli uffici ministeriali di collocamento, mentre è divenuta più ristretta a seguito dell'attribuzione dell'intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro a soggetti privati debitamente autorizzati. Ne consegue che la condotta di intermediazione posta in essere da soggetti privati non formalmente autorizzati, e di somministrazione di lavoro da parte di soggetti non abilitati o al di fuori dei casi consentiti, è ancora punibile e ad essa va applicata la legge in concreto più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod.

In mancanza di una disposizione che incriminasse il caporalato in quanto tale, le forme più gravi di sfruttamento e violenza nei confronti dei lavoratori potevano essere ricondotte, qualora ne ricorressero i presupposti, alle fattispecie di riduzione in schiavitù, violenza privata, lesioni personali, estorsione⁷ o maltrattamenti in famiglia⁸, ma tutta la restante casistica di sfruttamento dell'altrui attività lavorativa rimaneva priva di adeguata tutela. In particolare, allo scopo di attribuire rilevanza penale alla condotta del caporale, non solo in quanto lesiva di disposizioni formali poste a tutela del mercato lavoro, ma in relazione alla sua incidenza sulla dignità e libertà del lavoratore, la giurisprudenza aveva ricondotto alcune fattispecie al reato di riduzione e mantenimento in schiavitù (art. 600 cod. pen.), nel caso in cui l'intimidazione, la violenza, la minaccia fossero tali da cagionare una reificazione della vittima. Del resto, in relazione al reato di cui all'art. 600 cod. pen., le sezioni unite penali della Corte di cassazione, con la sentenza 20 novembre 1996 n. 261/1997⁹ avevano affermato che il concetto di schiavitù non indica una situazione disciplinata in tassative previsioni legislative, ma la condizione di

pen. (Cass. Pen., sez. 3, 11 novembre 2003 n. 2583; sez. 3, 16 giugno 2004 n. 34922; sez. 4, 30 novembre 2005 n. 4454; v. anche sez. 3, 18 aprile 2007 n. 21789). In dottrina, sul punto: PERINI, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della S.C.*, in *LG*, 2005, p. 958; ROMEI, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL*, 2005, II, p. 726; BUONADONNA, TRAMONTANO, *Il reato di somministrazione abusiva di manodopera*, in *FI*, 2006, p. 3405; MORGANTE, *“Quel che resta” del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro dopo la “riforma Biagi”*, in *DPP*, 2006, p. 733.

⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. 6, 1° luglio 2010 n. 32525 (in *FI*, 2011, II, c.100), secondo cui “la condotta del datore di lavoro, il quale – profittando delle difficoltà economiche e della situazione precaria del mercato del lavoro – imponga ai propri dipendenti condizioni di lavoro deteriori, configura il reato di estorsione”. Nella specie, dall'attività d'indagine era emersa, oltre alla prassi di corrispondere retribuzioni decurtate per compensare l'attività di caporalato, una continua pressione sui lavoratori al fine di indurli a interrompere legittimi congedi per malattie o infortuni, o a sottoscrivere lettere di dimissioni in bianco.

⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. 6, 11 aprile 2014 n. 24057, riferita ad una fattispecie in cui il titolare di un'azienda agricola faceva vivere i dipendenti con lui presso l'azienda, secondo la quale il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 cod. pen. può trovare applicazione nei rapporti di tipo lavorativo a condizione che sussista il presupposto della parafamiliarità, intesa come sottoposizione di una persona all'autorità di altra in un contesto di prossimità permanente, di abitudini di vita proprie e comuni alle comunità familiari, nonché di affidamento, fiducia e soggezione del sottoposto rispetto all'azione di chi ha la posizione di supremazia.

⁹ Evidentemente, sul testo precedente alle modifiche operate dalla legge 11 agosto 2003 n. 228 e dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE. Ci si riferirà, nel prosieguo della trattazione, al testo della disposizione attualmente vigente.

un individuo sul quale si esercitano in via di fatto poteri simili a quelli del diritto di proprietà; situazione che la mutevole realtà può presentare con connotati di volta in volta diversi, ma fondamentalmente identici, nell'ambito di rapporti interpersonali, nei quali un individuo ha un potere pieno e incontrollato su un altro assoggettato al suo dominio. In tale ottica la nozione di riduzione in schiavitù non è connotata dal concetto di proprietà, ma dalla finalità di sfruttamento di una posizione sostanziale di dominio, per il perseguimento di prestazioni lavorative forzate e inumane. E gli indici che rilevano ai fini della riduzione o mantenimento dello stato di soggezione sono la violenza, la minaccia, l'inganno, l'abuso di autorità o l'approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica, diretti a costringere la vittima ad eseguire prestazioni lavorative, sessuali o altre tipologie di prestazioni che comunque comportino lo sfruttamento della persona. Per rientrare in tale fattispecie, dunque, la condotta del caporale dovrebbe essere finalizzata, mediante la privazione della libertà¹⁰, a costringere la vittima a porre in essere prestazioni lavorative che ledano la sua dignità umana e che siano esse stesse espressione del comportamento di sopraffazione e approfittamento dell'intermediario; in un tale contesto non potrebbe essere attribuita alcuna rilevanza scriminante all'eventuale consenso prestato dal lavoratore¹¹. Si tratta, evidentemente, dell'adattamento all'esigenza sociale di tutelare i lavoratori contro il fenomeno del caporalato di una disposizione che mal si presta a coprire tale comportamento, perché, ad esempio, la condizione di schiavitù non può essere ravvisata nell'offerta di lavoro implicante gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate e con compenso inadeguato, qualora il lavoratore si sia determinato ad accettarle e abbia conservato la libertà di sottrarsi in un momento successivo. E normalmente il caporalato consiste

¹⁰ Secondo quanto affermato da Cass. Pen., sez. 5, 24 settembre 2013 n. 44385, ai fini della configurabilità dello stato di soggezione, rilevante per l'integrazione del reato di riduzione in schiavitù, è necessaria una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa, anche indipendentemente da una totale privazione della libertà personale. In applicazione di tale principio, si è censurata la decisione del giudice di appello – che aveva affermato la responsabilità, in ordine al reato di cui all'art. 600 cod. pen., dell'imputato, esercente attività circense, accusato di far vivere un'intera famiglia al seguito della carovana del circo, in precarie condizioni igieniche, obbligandola a svolgere spettacoli raccapriccianti e lavori defaticanti senza il rispetto degli ordinari tempi lavorativi – ritenendo che detti elementi, pur sintomatici del reato in questione, sono insufficienti alla sua integrazione se ad essi non faccia riscontro un'apprezzabile limitazione della capacità di autodeterminazione della vittima.

¹¹ Cass. pen., sez. 5, 13 maggio 2008 n. 24178; Cass. pen., sez. 5, 10 febbraio 2011 n. 13532.

proprio in ciò e non in un assoggettamento definitivo del lavoratore che incida sulla libertà di quest'ultimo in modo da farla venire meno. Analoghe considerazioni valgono in relazione ai reati di tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi (artt. 601 e 602 cod. pen.) – diretti a contrastare le nuove forme di schiavitù, che assumono una dimensione transnazionale attraverso l'operato di organizzazioni criminali nelle quali spesso il caporale risulta inserito¹² – nonché per la previsione del sesto comma dell'art. 416 cod. pen., che punisce l'associazione a delinquere finalizzata al compimento, tra gli altri, di delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi¹³. Valgono, peraltro, anche per tale ultima fattispecie, le considerazioni già svolte circa la difficoltà di ricondurre i fenomeni di caporalato, che si collocano – come visto – in un'area intermedia tra le violazioni formali delle normative in materia di intermediazione e le gravi fattispecie legate alla schiavitù.

Un'ulteriore ipotesi di reato che interferisce con il fenomeno del caporalato era (ed è) quella dell'art. 12, comma 3-ter, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che stabilisce la pena detentiva, congiunta a quella pecuniaria, nei confronti di chi favorisca l'ingresso nel territorio dello Stato di stranieri clandestini al fine di reclutare persone “da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo” o l'ingresso di minori da impiegare in “attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento” (lettera a) o al fine di trarne profitto, anche indiretto (lettera b)¹⁴.

¹² Tale analogia è ben evidenziata da Cass. pen., sez. 5, 24 settembre 2010 n. 40045, secondo cui, ai fini della configurabilità del delitto di tratta di persone (art. 601 cod. pen.), non è richiesto che il soggetto passivo si trovi già in schiavitù o condizione analoga, con la conseguenza che il delitto in questione si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù; il reato di tratta può essere, infatti, commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia. In particolare la Corte di Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità, in ordine al delitto di cui all'art. 601 cod. pen., nei confronti degli imputati, i quali avevano pubblicato annunci ingannevoli di lavoro ben remunerato in Italia assicurando trasferimento dall'estero, alloggio e vitto nel luogo di destinazione, dove singole cellule smistavano i lavoratori nei campi e li riducevano in schiavitù.

¹³ Il testo attualmente vigente, a seguito della modifica introdotta dall'art. 2, comma 1, della legge 11 dicembre 2016 n. 236, si riferisce a “taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601-bis e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91”.

¹⁴ Cfr. BISSACCO, *Art. 12 D.Lgs. 25.7.1998, n. 286*, in GAITO, RONCO (a cura di), *Leggi penali*

Vi era, dunque, la necessita di un intervento legislativo che arrivasse a contrastare direttamente il fenomeno del caporalato, da considerare come un “processo pericolosissimo, che rischia di cambiare i connotati del mercato del lavoro e rischia di segnare irrimediabilmente quella parte del nostro sistema produttivo, alle prese con due nemici: la drammatica crisi economica e la concorrenza sleale dell’impresa irregolare ed illegale”¹⁵. Del resto, il fenomeno è andato aggravandosi con l’aumento di flussi migratori, che favoriscono la disponibilità di manodopera a basso costo, e con lo sfruttamento di tali flussi da parte della criminalità organizzata, che ha portato all’emersione di forme di schiavitù¹⁶: il caporalato è divenuto in alcuni settori un vero e proprio sistema di produzione, alla cui repressione deve provvedere il diritto penale, con tutti i limiti che ciò comporta, vista la sostanziale insufficienza delle politiche pubbliche in campo economico e sociale¹⁷.

2. *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (d.l. 13 agosto 2011 n. 138)*

L’introduzione dell’art. 603-*bis* cod. pen. ad opera dell’art. 12 del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011 n. 148, ha colmato le lacune di tutela contro quelle forme di distorsione del mercato del lavoro che si ponevano su un piano intermedio tra le lievi contravvenzioni per la violazione delle regole imposte dalla c.d. legge Biagi¹⁸ e i gravi delitti puniti dagli artt. 600 e ss. cod.

complementari commentate, Utet, 2009, p. 1589; SCARCELLA, *Il legislatore interviene nuovamente sul fenomeno del “caporalato”: ultimo atto?*, in *DPP*, 2017, pp. 856 e 857.

¹⁵ Così la relazione al disegno di L. n. S-2584 (“Misure volte alla penalizzazione del fenomeno d’intermediazione illecita di manodopera basato sullo sfruttamento dell’attività lavorativa”). Cfr. SCARCELLA, *Il reato di “caporalato” entra nel codice penale*, in *DPP*, 2011, p. 1188; BRICCHETTI, PISTORELLI, *“Caporalato”: per il nuovo reato pene fino a otto anni*, in *GD*, 2011, p. 35 ss.

¹⁶ Cfr. ROSI, *La moderna schiavitù e la tratta di persone: analisi della riforma*, in *DE&G*, 2004, n. 3.

¹⁷ V. DI MARTINO, *“Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *DPCont.*, 2015, p. 122.

¹⁸ Come visto, l’art. 18 della legge Biagi sanziona la mera violazione delle condizioni di liceità della somministrazione e dell’interposizione di manodopera, mentre l’art. 603 *bis* cod. pen., per la descrizione delle condotte e dei modi di realizzazione dello sfruttamento, per le se-

pen.¹⁹. Non a caso la disposizione è stata inserita nella sezione I del capo III del titolo XII della parte speciale del codice, dedicata ai delitti contro la personalità individuale, collocandosi immediatamente dopo i delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone. Oggetto della tutela è, infatti, lo *status* di uomo libero: ciò che viene protetto non è una forma particolare di manifestazione della libertà del singolo, ma il complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale *status* la cui negazione incide sullo svolgimento della personalità dell'individuo²⁰. E vi è una clausola di sussidiarietà in forza della quale la fattispecie dell'articolo 603-bis cod. pen. si applica solo ove non sussista un reato più grave, evidentemente concepita per regolare l'interferenza con le fattispecie limitrofe di riduzione in schiavitù, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi, che pone problemi di interpretazione in relazione al rapporto tra la fattispecie e il reato di estorsione. Infatti, secondo alcune pronunce di legittimità, deve essere ricondotta al delitto di estorsione la condotta di colui che, approfittando delle difficoltà economiche e della situazione precaria del mercato del lavoro, costringa i lavoratori, mediante

vere cornici edittali di pena previste, per la collocazione tra i delitti contro la personalità individuale, rivela con chiarezza l'intenzione del legislatore di operare una prevenzione/repressione di fatti caratterizzati da un disvalore che eccede in maniera netta la semplice violazione delle condizioni di liceità dell'interposizione e della somministrazione della mano d'opera; comportamento il cui controllo in ambito penalistico rimane affidato alle previsioni del richiamato art. 18 (in tal senso, Cass. pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, e sez. 5, 18 dicembre 2015, dep. 21 aprile 2016, n. 16737, in *DPL*, 16, p. 1241).

¹⁹ Non vi è dubbio che la clausola di sussidiarietà con cui si apre la disposizione ("salvo che il fatto costituisca più grave reato") abbia come funzione quella di continuare a garantire un autonomo ambito di applicazione per le più gravi fattispecie di cui agli artt. 600 e ss. cod. pen. E il discrimine tra i due ambiti può essere individuato – come visto – nell'assoluta indisponibilità di un'alternativa esistenziale valida per la vittima, la cui libertà di determinare il proprio destino sia totalmente annientata. Non rientra, invece nelle più gravi ipotesi delittuose degli artt. 600 e ss. cod. pen., non costituendo una compromissione significativa della capacità di autodeterminazione della vittima, (come sottolineato anche dalla Suprema Corte prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 603-bis cod. pen.; cfr., sul punto, Cass. Pen., sez. 5, 10 febbraio 2011 n. 13532) la condotta consistente nell'offerta di lavoro con gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate verso un compenso inadeguato, se la persona si determini liberamente ad accettarla e possa sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue. Sul punto, cfr. BRICCHETTI, PISTORELLI, *op. cit.*, p. 48; GALLUCCIO, *Commento all'art. 603 bis c.p.*, in Dolcini, Gatta (a cura di) *Codice Penale Commentato*, Tomo III, Ipsa, 2015, p. 295.

²⁰ Cfr. FIORE, (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 871 ss. (in partic. p. 873).

minaccia, che può consistere nel paventare la non assunzione, il licenziamento o la mancata corresponsione della retribuzione, ad accettare condizioni di lavoro gravemente contrarie alla normativa giuslavoristica²¹.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 603-*bis* puniva chiunque svolgeva un'attività organizzata di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro, che, alternativamente, fosse volta: a) al reclutamento di manodopera; b) all'organizzazione di un'attività lavorativa caratterizzata dallo sfruttamento dei lavoratori che vi partecipano. Ulteriore presupposto era che tali condotte alternative fossero compiute con particolari modalità, ovvero "mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori". Il secondo comma individuava, poi, una serie di circostanze considerate quali indici di sfruttamento, prevedendo che, "ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti". La disciplina era completata dalla previsione di apposite pene accessorie (art. 600-*ter*) e dall'estensione dell'applicabilità dell'attenuante della collaborazione prevista dall'art. 600-*septies*.1.

Si tratta di una formulazione che non dava conto della complessità del fenomeno oggetto della disciplina penale ed è stata fortemente criticata dalla dottrina, la quale ne ha evidenziato la difficile applicabilità in concreto²², enucleando una serie di profili problematici sul piano interpretativo.

²¹ V. Cass., sez. 2, 14 aprile 2016 n. 18727; v. anche sez. 6, 1° luglio 2010, n. 32525. Esprime in generale preoccupazione DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, pp. 221-237, spec. 233, la quale – richiamando, tra le altre, le critiche espresse da Padovani (*Necessario un nuovo intervento per superare i difetti*, in *QD*, 21 novembre 2016) – paventa uno scivolamento verso il basso dell'area penalmente di rilevante ai sensi dell'articolo 603-*bis*, fino a ricomprendervi violazioni meramente formali della normativa a tutela dei lavoratori.

²² Per rilievi critici sulla fattispecie, come introdotta nel 2011, cfr., tra gli altri: DI MAR-

2.1. La mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato

La più eclatante delle incongruenze che balzano all'occhio dal testo della disposizione è la mancata previsione, tra i soggetti attivi del reato, della figura del datore di lavoro, ignorata dal legislatore, nonostante si tratti, con tutta evidenza, di un soggetto che, lungi dall'essere estraneo, è proprio colui che tiene alle sue dipendenze la manodopera reclutata giornalmente dal caporale, oltre ad essere normalmente colui che di fatto stabilisce l'ammontare del salario, gli orari di lavoro e gli *standard* di salute e sicurezza con cui i lavoratori prestano la loro attività²³. Il datore di lavoro avrebbe dovuto, in altri termini, essere il fulcro del meccanismo di tutela, poiché l'attività del caporale si svolge, in un buon numero di casi, nell'ambito di una stretta collaborazione con l'impresa. Non si è tenuto conto, insomma, della natura normalmente plurisoggettiva dell'attività di caporalato, che coinvolge: come vittima il lavoratore, che, trovandosi in una condizione di irregolarità sul territorio nazionale o in condizioni economiche molto precarie, è disposto ad accettare una situazione di sfruttamento; come intermediario, il caporale, che persegue l'obiettivo di garantire manodopera a basso costo; come beneficiario finale l'imprenditore-datore di lavoro, che riveste un ruolo fondamentale, perché crea l'offerta di lavoro, prendendo alle proprie dipendenze, evidentemente attratto dai bassi costi, la manodopera reclutata dal caporale. A prescindere dalla questione se si trattasse di un reato comune o di un reato proprio²⁴, la

TINO, *op. cit.*, p. 106; GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, 2015; LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., p. 951; RONCO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *LG*, 2016, 7, p. 665; SCEVI, *Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *RP*, 2012, 11, p. 1059; BACCHINI, *Il nuovo reato di cui all'art. 603-bis c.p.: intermediazione illecita e sfruttamento della manodopera*, in *IPen*, 2011, p. 645.

²³ In ogni caso, qualora la condotta avesse riguardato prestatori di lavoro stranieri irregolari sul territorio nazionale, il datore di lavoro avrebbe potuto, comunque, essere punito ai sensi dell'art. 22, comma 12, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), per l'impiego illecito di stranieri privi del permesso di soggiorno, o il cui permesso sia scaduto ovvero sia stato revocato o annullato. Si tratta, però, di una fattispecie che copre solo parzialmente il fenomeno del caporalato, perché concepita e strutturata per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina più che quello dello sfruttamento del lavoro in quanto tale.

²⁴ Letteralmente, il soggetto attivo del reato era individuato in "chiunque" potesse in essere un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'at-

mancata inclusione del datore di lavoro tra i soggetti attivi del delitto di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. rappresentava un grave vuoto di tutela, perché lasciava scoperte le ipotesi in cui fosse lo stesso datore di lavoro a mettere in atto condotte di sfruttamento e quelle in cui le condotte di sfruttamento fossero poste da un caporale di fatto alle dipendenze del datore di lavoro, non essendo configurabile in questi casi un'attività di intermediazione²⁵, la quale presuppone un'autonomia decisionale e organizzativa del caporale rispetto al datore di lavoro.

La formulazione della disposizione non esclude, tuttavia, la configurabilità di una responsabilità del datore di lavoro a titolo di concorso con il caporale con applicazione, oltre che dell'art. 110 cod. pen., anche dell'art. 112, primo comma, n. 2), che prevede un aumento di pena per il concorrente che abbia promosso o organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo. Si tratta, però, di una soluzione interpretativa che opera su un piano meramente pratico, confermando l'incoerenza del dato normativo, perché costringe a considerare come concorrente il soggetto che veramente si avvantaggia dello sfruttamento del lavoratore, oltre a porre, in ogni caso, il problema della prova, sia dell'effettiva condotta tenuta, sia dell'elemento soggettivo. Sarebbe infatti necessario, per garantire un effettivo accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro, provare che sia a conoscenza del ruolo rivestito dal concorrente nel delitto e della sua qualità di "intermediario"; accertamento che, di fatto, si traduce essenzialmente nella verifica – tutt'altro che semplice – della sussistenza di un "previo concerto" tra i due coautori²⁶.

tività lavorativa caratterizzata da sfruttamento; ma ciò non esclude che l'art. 603-*bis* cod. pen. potesse considerarsi, di fatto, un reato proprio dell'intermediario abusivo di lavoro, soggetto qualificato dall'organizzazione dell'attività svolta.

²⁵ Del tutto condivisibile, sul punto, è l'analisi di DI MARTINO, *op. cit.*, il quale evidenzia che la disposizione si rivela "strabica e distorsiva". Strabica, "perché identifica condotte riferibili a soggetti che, almeno secondo la diagnosi corrente ed unanime, non sono quelli che la fattispecie stessa dichiara responsabili, mentre dichiara responsabili soggetti che non possono realizzarle se non relativamente a talune ipotesi, e comunque indirettamente. Distorsiva, correlativamente, perché è un modo distorsivo d'intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro (di un certo tipo di lavoro, almeno) quello con il quale – almeno stando alla lettura corrente – sono criminalizzati selettivamente taluni soggetti, che svolgono un ruolo solo strumentale ad un intero modo di produzione i cui attori primari realizzano di fatto e direttamente le condotte assunte come tipiche ma non sono puniti".

²⁶ Cfr.: BRAMBILLA, "Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato", *recenti riforme a contrasto del fenomeno*, in *RTDPEC*, 2017, pp. 188-222 (in partic. pp. 198 e 199); BRICCHETTI, PISTORELLI,

2.2. Le caratteristiche della condotta

Un ulteriore profilo problematico era rappresentato dalla previsione di elementi necessari della condotta quali la violenza, la minaccia, l'intimidazione e l'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità, che rendevano difficile l'applicazione della disposizione soprattutto in quelle ipotesi in cui, pur in presenza di uno sfruttamento, la condotta di caporalato fosse posta in essere in mancanza di tipiche modalità violente o intimidatorie. Anche il riferimento all'alternativa fra stato di necessità e stato di bisogno del lavoratore, quali oggetto dell'approfittamento del caporale, scontava una certa ambiguità. Per stato di necessità si doveva probabilmente intendere la nozione contenuta nell'art. 54 cod. pen., con la conseguenza che tale condizione sarebbe sussistita in pochissimi casi, di grave pericolo per la persona. Più facilmente verificabile era, invece, la situazione di bisogno, la quale, analogamente a quanto previsto in tema di usura, individuava una condizione, anche temporanea, di estrema criticità, che impediva al soggetto di esercitare il proprio potere contrattuale in maniera effettiva²⁷. Peraltro, il riferimento allo stato di bisogno, da considerare evidentemente meno stringente rispetto allo stato di necessità, e l'uso della congiunzione disgiuntiva rendevano sostanzialmente inutile l'approfondimento dell'interpretazione del concetto di necessità e la questione del confine tra le due fattispecie, essendo di fatto sufficiente l'accertamento dello stato di bisogno.

op. cit., p. 48, secondo i quali il concorso dell'utilizzatore nel reato posto in essere dall'intermediario sarebbe stato integrato qualora il datore di lavoro avesse commissionato al "caporale" il reclutamento e la direzione della manodopera.

²⁷ La formulazione della disposizione, riferita all'approfittamento dello "stato di bisogno o di necessità dei lavoratori" era, sul punto, diversa da quella degli artt. 600 e 601, riferita, invece, all'approfittamento di "una situazione di necessità". Tale ultima formulazione ha consentito alla giurisprudenza di definire la "situazione di necessità" come un *minus* rispetto allo "stato di necessità", così ampliando l'ambito della tutela penale. Si è affermato, in particolare, che, in tema di riduzione in schiavitù o in servitù, la situazione di necessità della vittima costituisce il presupposto della condotta approfittatrice dell'agente e, pertanto, tale nozione non può essere posta a paragone con lo stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., ma va piuttosto posta in relazione alla nozione di bisogno indicata nel delitto di usura aggravata (art. 644, co. 5, n. 3 cod. pen.) o allo stato di bisogno utilizzato nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1418 cod. civ.). La situazione di necessità va, quindi, intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale: in altri termini, coincide con la definizione di "posizione di vulnerabilità" indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la legge 11 agosto 2003 n. 228 ha voluto dare attuazione (Cass. pen., sez. 3, 26 ottobre 2006, n. 2841; sez. 3, 6 maggio 2010 n. 21630).

2.3. Altri profili problematici

Una importante lacuna evidenziata dalla dottrina²⁸ era rappresentata dall'omessa previsione dello strumento della confisca per il reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., che si poneva in contrasto con la direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, che obbliga gli Stati ad adottare misure penali efficaci, persuasive e proporzionate nella lotta allo sfruttamento lavorativo di cittadini immigrati in Paesi terzi²⁹. Mancava, inoltre, il richiamo all'applicabilità della responsabilità degli enti collettivi, nonostante un tale richiamo vi fosse, tra gli altri, per i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 25-*quinquies*, comma 1, lettera a, del d.lgs. n. 231 del 2001).

Ma era la mancanza di adeguati strumenti di tutela della vittima ad impedire l'emersione del fenomeno, che coinvolgeva (e coinvolge), per lo più, stranieri irregolari sul territorio nazionale disposti ad accettare condizioni di lavoro e di vita estreme, i quali, denunciando il reato, sarebbero stati destinati all'espulsione. E la questione si poneva anche per i lavoratori stranieri dotati di permesso di soggiorno, perché comunque privi di alternative occupazionali ed alloggiative cui fare affidamento. Si è occupata del problema la direttiva 18 giugno 2009/52/UE (c.d. direttiva sanzioni), che rappresenta un tentativo di incentivare le denunce da parte delle vittime, attraverso l'introduzione di norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impieghino stranieri irregolari. In particolare, si prevede, oltre al generale divieto di impiegare cittadini irregolari sul territorio, la concessione di un permesso di soggiorno per le vittime di grave sfruttamento lavorativo nel caso in cui, denunciando il fenomeno, collaborino con la giustizia (art. 13). Il recepimento della direttiva è avvenuto in Italia con il d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109; un testo che presentava numerosi profili problematici, perché subordinava, di fatto, la concessione del titolo

²⁸ V. gli autori citati alle note 20, 21, 22.

²⁹ Cfr. CADAMURO, *Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, ("Caporalato"), in *RTDPEc*, 2016, p. 823 ss. (in partic., pp. 835-837), la quale osserva che tale lacuna appariva ingiustificata, giacché la stessa misura era prevista, nelle sue varie forme, non solo per i più gravi reati di riduzione in schiavitù o servitù, di tratta di persone, di acquisto ed alienazione di schiavi, ma – quanto meno con riferimento al mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività – anche per le fattispecie contravvenzionali in materia di somministrazione e intermediazione di manodopera, sanzionate all'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003; osserva altresì che al reato dell'art. 603-*bis* cod. pen. si applicava comunque la confisca prevista dall'art. 600-*septies*. Ma, sul punto, v. ampiamente *infra*.

di soggiorno a condizioni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla direttiva stessa³⁰. In particolare, il legislatore è intervenuto sull'art. 22 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che, al comma 12, punisce la condotta del datore di lavoro che impieghi cittadini stranieri irregolari sul territorio, introducendo i commi 12-*bis*, 12-*ter* e 12-*quater*³¹ e dando una definizione del concetto di “particolare sfruttamento” più restrittiva rispetto a quella data dalla direttiva. Infatti, quest'ultima prevede, all'art. 2, lettera i), che le “condizioni lavorative di particolare sfruttamento” sussistono nel caso in cui vi siano “condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana”; mentre la lettera c) del comma 12-*bis* dell'art. 22 del testo unico sull'immigrazione richiama le condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'art. 603-*bis* cod. pen., il quale, nel testo precedente alla novella del 2016, prevedeva un'aggravante per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro nell'ipotesi in cui i “lavoratori intermediati” fossero esposti “a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro”, cioè a situazioni di pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale³². Poiché il legisla-

³⁰ Per un commento al provvedimento, v. L. MASERA, *La nuova disciplina penale in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro degli stranieri irregolari: l'inizio di una diversa politica criminale in materia di immigrazione?*, in *DIC*, 2012, p. 15. Come evidenziato dalla comunicazione del 22 maggio 2014 indirizzata dalla Commissione dell'Unione europea al Parlamento e al Consiglio, “alcuni Stati Membri – tra cui l'Italia – devono ancora mettere in atto in modo soddisfacente le misure di protezione previste dalla direttiva”.

³¹ A norma dei quali: “12-*bis*. Le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-*bis* del codice penale. 12-*ter*. Con la sentenza di condanna il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente. 12-*quater*. Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-*bis*, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno [...]”.

³² Cfr. PAGGI, *Tutela dei lavoratori stranieri in condizione di irregolarità. Analisi della direttiva 52 e delle norme italiane di recepimento*, in *Terzo Rapporto su agromafie e caporalato*, Ediesse, 2016, p. 65 ss.; BRAMBILLA, *op. cit.*, pp. 201 e 202 la quale evidenzia come la disposizione, invece del comma 3, avrebbe potuto, più razionalmente, richiamare il comma 2 dell'art. 603-*bis* cod. pen., che de-

tore (comma 12-*quater* dell'art. 22) subordina al particolare sfruttamento lavorativo la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari allo straniero che cooperi con la giustizia, denunciando la propria situazione, lo scorretto recepimento della direttiva limita di fatto l'incentivazione delle denunce da parte delle vittime, perché non tutte si trovano esposte a situazioni di pericolo³³.

3. *L'incidenza del Jobs Act e del d.lgs. n. 8/2016 sulla disciplina sanzionatoria, riforme in controtendenza*

La già evidenziata inadeguatezza del sistema sanzionatorio, nel suo complesso, si è acuita, con particolare riferimento alle fattispecie contravvenzionali, con l'adozione del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, in attuazione della legge delega n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*), che ha abrogato gli artt. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, riguardanti la somministrazione di lavoro e, in particolare, la contravvenzione della somministrazione fraudolenta, che puniva distorsioni nel mercato del lavoro, finalizzate ad eludere le norme poste a tutela dei lavoratori e a celare gravi situazioni di sfruttamento: l'art. 28 del d.lgs. n. 276 del 2003 (abrogato con il *Jobs Act*) puniva il somministratore e l'utilizzatore per avere posto in essere la somministrazione con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo con la pena dell'ammenda pari ad euro 20 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione; era anche prevista la nullità del contratto di somministrazione, in quanto in frode alla legge, e, come nel caso di utilizzazione illecita, il lavoratore che ne avesse avuto interesse avrebbe potuto essere considerato alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Con i decreti legislativi 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8, in una prospettiva di razionalizzazione del sistema penale, si è proceduto alla depenalizzazione di numerose fattispecie, sia attraverso la trasformazione di alcune di esse in illeciti amministrativi, sia attraverso l'abrogazione di altre e l'introduzione di

finisce lo sfruttamento lavorativo. MASERA, *op cit.*, p. 31, propone un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione dell'art. 22, comma 12-*quater*, in modo da riconoscere il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari anche allo straniero vittima di grave sfruttamento ai sensi del secondo comma dell'art. 603-*bis* cod. pen., e non solo a colui che si sia trovato in situazione di grave pericolo ai sensi del terzo comma.

³³ Ma v. *infra*, par. 4.

sanzioni civili pecuniarie. Per quanto qui rileva, rientrano nella depenalizzazione i reati previsti dall'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 puniti con la sola pena dell'ammenda, tra cui le fattispecie di interposizione illecita ("appalto illecito" e "distacco illecito")³⁴. Sono state depenalizzate anche le fattispecie di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita di manodopera nelle loro ipotesi base; mentre permane la rilevanza penale della fattispecie aggravata dallo sfruttamento dei minori, perché punita anche con l'arresto³⁵. Quanto, poi, all'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione, permane la punibilità della contravvenzione se la condotta è posta in essere a scopo di lucro, mentre, se l'autore non ha perseguito finalità di lucro, l'originaria ammenda da 500 a 2.500 euro è sostituita dalla sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 10.000. Anche tale riforma ha indebolito la tutela dei lavoratori che si realizzava attraverso fattispecie contravvenzionali "di confine" rispetto al delitto di cui all'art. 603-bis cod. pen., per la indubbia minore efficacia deterrente delle sanzioni amministrative in un sistema economico-imprenditoriale spesso sotterraneo e caratterizzato da fluidità, in cui può essere difficoltoso per lo Stato riuscire a far valere pretese pecuniarie nei confronti dei responsabili³⁶.

4. *La riforma in senso ampliativo operata con la legge n. 199 del 2016*

Con la legge 29 ottobre 2016 n. 199 (Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo), si è intervenuti sul codice

³⁴ In questo caso è prevista una sanzione amministrativa pari a 50 euro per giornata lavorativa, per ciascun lavoratore, sanzione che non può essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000. Cfr. Cass. Pen. 10 febbraio 2016 n. 10484, secondo cui, in assenza di un'espressa esclusione, sono depenalizzate le fattispecie disciplinate dall'art. 18 del d.lgs. n. 276 del 2003 punite con la sola pena pecuniaria, tra cui il reato di "appalto illecito" e di "distacco illecito" (art. 18, comma 5-bis, in relazione, rispettivamente, all'art. 29, comma 1, e all'art. 30, comma 1), essendo tali fattispecie di reato, nelle loro ipotesi-base, punite con l'ammenda di Euro 50 ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

³⁵ Anche in questi casi è prevista, nei confronti sia del somministratore sia dell'utilizzatore, una sanzione pari a 50 euro per ogni giornata e per ogni lavoratore occupato e la sanzione non può mai essere inferiore a 5.000 euro né superiore a 50.000.

³⁶ Anche la previsione del tetto di euro 50.000, applicabile indipendentemente dal numero dei lavoratori e delle giornate lavorate, contribuisce all'indebolimento della tutela.

penale per la seconda volta in un quinquennio – in controtendenza rispetto alle riforme del 2015 e del gennaio 2016 – con l’obiettivo di rendere più efficace la repressione del fenomeno del caporalato, superando le difficoltà applicative del previgente art. 603-bis cod. pen. Oltre alla riformulazione di tale disposizione, il legislatore ha provveduto all’introduzione della circostanza attenuante della collaborazione processuale di cui all’art. 603-bis.1, alla previsione di una ipotesi speciale di confisca (art. 603 bis.2), all’inclusione dell’art. 603-bis tra i reati in relazione ai quali, in caso di accertata sproporzione tra reddito e patrimonio, è applicabile la c.d. confisca “allargata”, alla previsione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro come reato-presupposto per la responsabilità degli enti, all’inserimento delle vittime del caporalato tra coloro che possono accedere al “Fondo per le misure anti-tratta”³⁷.

³⁷ Sulla nuova fattispecie, con accenti variamente critici, cfr. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento*, cit.; ID., *Le contraddizioni di un abnorme meccanismo repressivo*, ivi, 21 novembre 2016; FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell’ottica del legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016; GIANFROTTA, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l’approvazione della legge n. 199/2016*, in *QG*, 1° marzo 2017; CISTERNA, *Caporalato, prova più semplice e applicazione in tutti i settori*, in *QD*, 21 novembre 2016; ID., *Punita anche l’attività di intermediazione*, ivi, 21 novembre 2016; ID., *È sfruttamento anche la violazione di prescrizioni minime*, ivi, 21 novembre 2016; ID., *Aggravanti, sanzioni pesanti contro le condotte antinfortunistiche*, ivi, 21 novembre 2016; CASSANI, *Riflessioni sulle nuove norme in tema di “caporalato” e sfruttamento del lavoro*, in *Parola alla difesa*, n. 2/2016, p. 263; ID., *“Caporalato” e sfruttamento del lavoro: le novità introdotte dalla legge 199/2016*, in *QG*, 5 gennaio 2017; MARINO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in www.ilpenalista.it, 5 dicembre 2016; DI NUNZIO, DI NUNZIO, *Un nuovo strumento normativo contro il caporalato*, in *GL*, 2016, p. 12 ss.; MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *LG*, 2017, n. 2, p. 118; PIVA, *I limiti dell’intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016*, in *AP*, 2017, n. 2, pp. 3 ss.; DE MARZO, *Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato*, in *FI*, V, 2016, c. 377; DONNA, *Il nuovo “caporalato” ex art. 603 bis c.p. tra rafforzamento della protezione penale ed esigenze di garanzia del datore di lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2017, p. 61 ss.; CURZIO, *Sfruttamento del lavoro e repressione penale. Alla ricerca di un delicato equilibrio ermeneutico*, in DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli editore, 2017, p. 127 ss.; GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *LPen*, 1° marzo 2017; ROTOLO, *A proposito del “nuovo” delitto di “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”. Note critiche sul controllo penale del c.d. caporalato*, in Ferrante (a cura di), *Economia “informale” e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Vita e Pensiero, 2018, p. 149 ss.; MOTTA, *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, n. 1, p. 57 ss.; PIERDONATI, *Appunti in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *GPen*, 2017, parte II, pp. 500-512.

La riforma incide, innanzi tutto, sugli elementi costitutivi del reato, che erano rappresentati: dalla sussistenza di un'attività organizzata di intermediazione nel reclutamento di manodopera o nell'organizzazione del lavoro di questa in condizioni di sfruttamento; da una condotta caratterizzata da violenza, minaccia o intimidazione; dall'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità del lavoratore. In particolare, le modalità della condotta consistente nella violenza, minaccia o intimidazione vengono espunte dalla fattispecie base e trasferite all'ipotesi aggravata del secondo comma; inoltre, la condotta di intermediazione viene definita in modo più ampio, eliminando il riferimento alla sussistenza di un'attività organizzata, cosicché la stessa è ormai caratterizzata dal semplice reclutamento di manodopera. Con il n. 2) del primo comma, viene introdotta una nuova condotta, che punisce l'utilizzo, impiego o assunzione di manodopera in condizioni di sfruttamento e approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori. Si tratta di una formulazione che pone problemi ai fini dell'individuazione di un significativo contenuto di disvalore in base al quale selezionare i comportamenti meritevoli di sanzione penale, a fronte dell'intenzione del legislatore di contrastare in maniera più efficace, anche sul piano sanzionatorio, un allarmante fenomeno sociale. In particolare, la ridefinizione in senso ampliativo del concetto di intermediazione illecita come reclutamento di manodopera "allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno" risponde alle critiche della dottrina alla precedente formulazione, la quale non teneva conto del fatto che la rilevanza penale del caporalato risiede proprio nell'attività di reclutamento. Dunque, la tutela penale si incentra, ormai, sul concetto di reclutamento, che di per sé è più specifico della mera intermediazione, giacché va oltre il semplice incontro di domanda e offerta, in quanto consiste in un'attività di procacciamento di persone e di sollecitazione a svolgere un certo tipo di prestazione, nonché al raggiungimento di un accordo finalizzato all'impiego di tali persone³⁸.

³⁸ Cfr. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione*, cit., pp. 221-237 (in partic. 224), la quale – nel definire il comportamento punito come attività illecita di procacciamento di manodopera, attraverso un'azione di persuasione di soggetti di cui la gente conosce lo stato di bisogno, con l'intento di sottoporli a condizioni di sfruttamento – richiama la nozione giurisprudenziale di reclutamento in materia di prostituzione, che consiste nell'espletamento di un'attività volta alla ricerca della persona da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e rimanervi per un certo tempo al fine di prestarsi, con continuità e regolarità, alle richieste di prestazioni sessuali dei

La più rilevante novità della riforma è rappresentata, però, dall'introduzione della condotta di utilizzo, impiego o assunzione di manodopera in condizioni di sfruttamento, anche mediante l'attività di intermediazione. Ciò allo scopo di punire, a titolo proprio e non più a titolo di concorso con il caporale, il datore di lavoro, soggetto che utilizza il lavoratore sfruttato e appare sul piano socio-economico il vero responsabile della violazione delle libertà costituzionalmente garantite al lavoratore, in quanto beneficiario di prestazioni sottocosto. Il nuovo fulcro della disciplina è, dunque, il concetto di sfruttamento accompagnato dall'approfittamento dello stato di bisogno del lavoratore, comune alla fattispecie di reclutamento di manodopera (n. 1 del primo comma dell'art. 603 *bis* cod. pen.) e a quella di utilizzo di manodopera (n. 2 del primo comma), perché, per quest'ultima, l'intermediazione non costituisce più presupposto necessario. In altri termini, la fattispecie dell'utilizzazione illecita di manodopera può essere ritenuta configurabile anche qualora le modalità di assunzione dei lavoratori siano regolari, purché vi sia una condizione di sfruttamento e approfittamento.

Quanto alla nozione di sfruttamento, gli indici previsti dalla vecchia formulazione dell'articolo sono stati modificati in modo significativo. Quelli dei nn. 1) e 2) del previgente secondo comma si riferivano a condizioni di "sistematica violazione" delle norme sulla retribuzione, sull'orario, su riposo, sull'aspettativa obbligatoria, sulle ferie; mentre, a seguito della riforma, sono punite violazioni che possono essere semplicemente "reiterate", ovvero ripetute senza necessariamente rappresentare il sistema di organizzazione dell'impresa³⁹. Anche il requisito del previgente n. 3) è stato modificato, perché richiedeva in precedenza la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale, mentre, nella formulazione attuale, tale ultimo requisito è scomparso, essendo sufficiente la

clienti (*ex plurimis*, Cass. Pen., sez. 3, 12 novembre 2014 n. 12999/2015; sez. 3, 20 ottobre 2016 n. 15217, dep. 28 marzo 2017); richiama altresì la fattispecie del reclutamento e utilizzazione di mercenari (art. 4 della legge n. 210 del 1995), che comprende sia l'attività di reperimento di persone disponibili ad attività militari mercenarie, sia il raggiungimento di un accordo finalizzato al loro impiego (su cui v. Cass. Pen., sez. 6, 1° luglio 2003 n. 36776; sez. 1, 5 marzo 2009 n. 13597).

³⁹ Deve però osservarsi che il riferimento alla reiterazione e alla palese difformità della retribuzione rispetto a quella contrattuale o, più in generale, alla quantità e qualità del lavoro prestato, costituiscono in ogni caso un elemento di significativa limitazione dell'ambito di applicazione delle nuove disposizioni.

sussistenza di violazioni in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro. Quanto a tale ultimo requisito, la disposizione non distingue tra violazioni formali e violazioni sostanziali e, richiamando in via generale potenzialmente tutti i precetti esistenti (rintracciabili, per lo più, nella disciplina generale del d.lgs. n. 81 del 2009, ispirato ad una marcata anticipazione della tutela della sicurezza, attraverso la previsione di numerose contravvenzioni di pericolo), amplia notevolmente l'ambito di applicazione della sanzione penale. Meno significativa è, invece, la modifica del n. 4), che, nella previgente formulazione, si riferiva alla sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o situazioni alloggiative particolarmente degradanti, mentre nella formulazione attuale tali situazioni sono definite semplicemente "degradanti" con l'eliminazione dell'avverbio "particolarmente".

Non vi è dubbio che l'ampliamento del concetto di sfruttamento che emerge dalla riforma renda meno efficace la sua funzione selettiva dei comportamenti da sottoporre a sanzione penale; con la conseguenza che tale funzione viene di fatto esercitata dall'ulteriore requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno, che riprende la formula della circostanza aggravante prevista in materia di usura dell'art. 644, quinto comma, n. 3), cod. pen.⁴⁰. L'area di applicabilità della disposizione sanzionatoria si amplia, inoltre, per la scomparsa del riferimento all'attività organizzata di intermediazione presente nel vecchio testo; cosicché la condotta penalmente rilevante perde il carattere della professionalità e della serialità. Ciò non significa, peraltro, che la nuova fattispecie sia applicabile ad ogni assunzione di manodopera in nero, perché, come visto, è necessario l'ulteriore duplice presupposto della sottoposizione dei lavoratori a condizione di sfruttamento e dell'approfittamento

⁴⁰ È stato eliminato il riferimento del precedente testo normativo allo stato di necessità, che poteva ritenersi superfluo, perché operato in via disgiuntiva ("approfittando dello stato di bisogno o di necessità") Cfr. CADAMURO, *op. cit.*, p. 831. Peraltro, anche nella precedente formulazione della fattispecie lo stato di bisogno andava individuato con riferimento all'aggravante del delitto di usura, in relazione alla quale la giurisprudenza, nel ricostruirla in senso oggettivo, richiedeva che vi fosse una "condizione di reale ed apprezzabile privazione riguardo a bisogni che sono da considerarsi essenziali per qualunque persona" (Cass. Pen., sez. 2, 8 marzo 2000 n. 4627). Secondo DE RUBEIS, *op. cit.*, pp. 228 e 229, l'accostamento andrebbe operato, non con la fattispecie di usura attualmente vigente, bensì con quella antecedente alla modifica apportata dalla legge 7 marzo 1996 n. 108, che si riferiva all'approfittamento dello stato di bisogno, assumendo per questo un carattere tendenzialmente soggettivo e causando uno slittamento della tutela verso la punizione di un autore socialmente nocivo più che di un fatto dannoso o pericoloso.

dello stato di bisogno; presupposto non configurabile in generale per piccole prestazioni occasionali, sporadici lavori artigianali, di riparazione, o domestici.

Quanto all'apparato sanzionatorio, lo stesso viene modificato nel senso di una pena che resta unica per entrambe le condotte di reclutamento e utilizzo, punite con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, che si differenzia dall'ipotesi aggravata da violenza o minaccia, punita con la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1000 a 2000 euro per ciascun lavoratore reclutato. Si introducono, inoltre, la confisca obbligatoria, anche per equivalente, dei beni che costituiscono prezzo, prodotto o profitto del reato (art. 603-*bis*.2 cod. pen.), nonché la confisca *ex art. 12-sexies* del d.l. n. 306 del 1994⁴¹, che consente l'ablazione del patrimonio sproporzionato rispetto al reddito di cui l'imputato non riesca a dimostrare la provenienza lecita.

Confrontando, poi, la fattispecie in esame con la circostanza aggravante prevista dall'art. 22, comma 12-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, sembra emergere un difetto di coordinamento. Posto che uno degli scopi dichiarati dell'estensione dell'applicazione dell'art. 603-*bis* cod. pen. al datore di lavoro è quello di riallineare lo sfruttamento dei lavoratori regolari a quello dei lavoratori stranieri irregolari⁴², deve rilevarsi come il richiamato art. 22, comma 12-*bis*, lettera c), punisca con la reclusione fino a quattro anni e sei mesi colui che impiega lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, sottoponendoli a condizioni di particolare sfruttamento. Si tratta, dunque, di una condotta sovrapponibile rispetto all'utilizzo di manodopera in condizione di sfruttamento, ma con l'ulteriore disvalore derivante dalla violazione delle normative in materia di immigrazione e di lavoro, trattandosi di soggetti irregolari che, per ciò solo, non possono essere assunti. La pena prevista dall'art. 22, comma 12-*bis*, è, però, inferiore rispetto a quella fissata dall'art. 603-*bis* cod. pen.; il che può porre problemi di compatibilità del sistema con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in considerazione del fatto che l'art. 22, comma 12-*bis*, presenta – come visto – un profilo di specialità rispetto alla condotta di utilizzazione dell'art. 603-*bis* cod. pen., così da sottrarre i casi più gravi all'ambito di applicazione della disposizione del codice.

⁴¹ A seguito dell'intervento dell'art. 7, comma 1, lettera l), del d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, la confisca è oggi prevista e disciplinata dall'art. 240-*bis* cod. pen.

⁴² Cfr. FERRANTI, *op. cit.*, p. 3, che richiama, sul punto, i lavori preparatori e, in particolare, la relazione in aula per la seconda commissione (on. Berretta).

Quanto alla concessione del permesso di soggiorno, che si collega strettamente – come visto – all’emersione del fenomeno⁴³, va osservato che le modifiche apportate nel 2016 all’art. 603-*bis* cod. pen. ad opera della legge n. 199 del 2016 hanno rimediato, nella sostanza, alle conseguenze dello scorretto recepimento della direttiva 18 giugno 2009/52/UE. Infatti, il terzo comma della disposizione modificata prevede, non più il riferimento alle situazioni di grave pericolo quali circostanze aggravanti del delitto *de quo* (ora passate nel successivo quarto comma), ma il richiamo agli indici di sfruttamento che, prima della novella legislativa, erano indicati al secondo comma. Ne consegue che, considerando come “dinamico” il rinvio dell’art. 22, comma 12-*bis*, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998 all’art. 603-*bis*, terzo comma, cod. pen., la differenza tra la nozione di sfruttamento lavorativo adottata dalla direttiva comunitaria e quella adottata in ambito nazionale viene meno; con l’ulteriore conseguenza che si estende lo strumento premiale della concessione del permesso di soggiorno anche a situazioni che prima ne rimanevano escluse, come quelle dei lavoratori irregolari sul territorio, che non si trovino in situazioni lavorative tali da comprometterne la salute o l’integrità fisica. Infatti, a seguito della novella del 2016, scompare la restrizione della nozione comunitaria di particolare sfruttamento causata dal richiamo della lettera c) del comma 12-*bis* dell’art. 22 del t.u. sull’immigrazione al comma 3, anziché al comma 2 dell’art. 603-*bis* cod. pen. e, perciò, possono considerarsi situazioni di particolare sfruttamento, rilevanti ai sensi del richiamato art. 22, comma 12-*bis*, anche: la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme rispetto ai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la reiterata violazione della normativa sull’orario di lavoro, i riposi, l’aspettativa obbligatoria, le ferie; la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti⁴⁴.

⁴³ V. *supra*, par. 2.3., in partic. nota 31 e richiamo.

⁴⁴ Sempre con riferimento alla concessione del permesso di soggiorno e alla sua funzione premiale al fine dell’emersione di fenomeni di abuso nei confronti dei lavoratori, va ricordato che, anche prima della riforma del 2016, trovava applicazione l’art. 18 del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevede la concessione allo straniero di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale e il suo inserimento in un programma di assistenza e integrazione sociale, a prescindere da un suo fattivo contributo per la giustizia, ossia a prescindere dalla denuncia della situazione

La legge di riforma del 2016 (art. 6) ha anche aggiunto il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro tra quelli per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti, di cui al d.lgs. n. 231 del 2001; il delitto in esame rientra, così, tra i reati-presupposto previsti dall'art. 25-*quinquies* del d.lgs. n. 231 del 2001, rubricato "Delitti contro la personalità individuale", con una "sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote". Un tale inserimento era avvertito da più parti come fortemente auspicabile già dalla prima formulazione della norma, proprio in virtù delle dimensioni e caratteristiche complesse che il fenomeno del caporalato aveva assunto, perché una gestione efficace del flusso e della utilizzazione illecita dei lavoratori era consentita proprio per l'impiego di risorse di tipo imprenditoriale e organizzazioni la cui attività aveva cessato di restare circoscritta alla tratta di persone e allo sfruttamento della prostituzione. Del resto la previsione della responsabilità degli enti si muove di pari passo con la previsione espressa della responsabilità del datore di lavoro, nel senso di una disciplina che colpisca con efficacia i reali attori e beneficiari della vicenda criminale⁴⁵. Deve però osservarsi che l'estensione dell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 anche a questo reato si iscrive in un complessivo disegno politico-criminale non chiaramente intelligibile, perché non si pone in coerenza con l'architettura complessiva di una disciplina – pur mutata sensibilmente negli anni – originariamente rivolta a quelle imprese per le quali la realizzazione di un reato rappresenti un fatto patologico e, dunque, tendenzialmente e non, invece, alle "imprese intrinsecamente illecite", ovvero quelle per le quali il ricorso alla violazione della legge costituisca una modalità prevalente di esercizio dell'attività. A ciò può aggiungersi che imprese medie o piccole, quali quelle che normalmente utilizzano il caporalato, non hanno al proprio interno la capacità organizzativa e le risorse economiche per consentire quell'allestimento di adeguati modelli di prevenzione del reato che rappresenta la principale *ratio* del richiamato d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁶.

Per completezza, va ricordato che l'art. 2 della legge n. 199 del 2016 ha anche inserito nel codice penale i nuovi artt. 603-*bis.1* e 603-*bis.2*. La prima di tali disposizioni prevede una nuova circostanza attenuante per coloro che

di sfruttamento all'autorità. Il campo di applicazione di questo strumento di protezione era (ed è) limitato, però, ai delitti previsti dall'art. 380 cod. proc. pen.

⁴⁵ Cfr. CADAMURO, *op. cit.*, pp. 837 e 838.

⁴⁶ Pare condivisibile quanto osservato, in tal senso, da ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del caporalato*, in *DPP*, 2018, pp. 811-823.

si siano efficacemente adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove dei reati o per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Rispetto alla disposizione prima applicabile (l'art. 600-*septies*. 1, la cui applicabilità è esclusa espressamente dal terzo comma dell'art. 603-*bis*. 1): si introduce l'ipotesi di elementi utili "per il sequestro delle somme o altre utilità"; si elimina il presupposto che le prove alla cui acquisizione il soggetto abbia cooperato siano decisive e si specifica che l'attenuante e riconosciuta anche qualora la collaborazione riguardi elementi per i quali il soggetto non sia in concorso di reato⁴⁷. Per assicurare la genuinità delle dichiarazioni collaborative, il comma 2 della nuova disposizione stabilisce anche che "nel caso di dichiarazioni false o reticenti si applicano le disposizioni dell'articolo 16-*septies* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82". Ciò comporta, dunque, il rischio della revisione della sentenza quando la circostanza attenuante dell'art. 603-*bis*. 1, cod. pen. sia stata applicata per effetto di dichiarazioni false o reticenti, ovvero quando chi ha beneficiato della circostanza attenuante predetta commette, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l'arresto in flagranza è obbligatorio.

La novella del 2016 anche introdotto nell'ordinamento (con l'art. 3) il controllo giudiziario dell'azienda, che è disposto dal giudice, in luogo del sequestro, qualora ricorrano i presupposti del comma 1 dell'art. 321 cod. proc. pen. e l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. Si tratta di un istituto che risponde più ad un modello di commissariamento che ad un modello gestionale-amministrativo (quale quello dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen.), la cui introduzione non prevede una totale esclusione dell'imprenditore dalla gestione, bensì un suo affiancamento da parte dell'amministratore nominato dal giudice. Questo, oltre ad autorizzare lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, riferendo al giudice ogni tre mesi, e comunque ogni qualvolta emergano irregolarità, vigila sull'osservanza delle norme e delle condizioni

⁴⁷ Evidenzia SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., 860, come si tratti di una consapevole scelta di politica criminale, perché la relazione illustrativa evidenzia che "può aversi il caso in cui il soggetto imprenditore che sfrutta la manodopera, se coinvolto in un procedimento penale, possa riferire notizie utili, ma che attengono ad episodi di intermediazione, sempre facenti capo allo stesso intermediatore, ma relativi ad altre imprese o fruitori di manodopera".

lavorative la cui violazione costituisce indice di sfruttamento, procede alla regolarizzazione dei lavoratori e adotta misure adeguate al fine di impedire che le violazioni si ripetano, anche in difformità dalle proposte formulate dall'imprenditore o dal gestore. Si tratta di uno strumento indubbiamente utile e innovativo, che risponde all'esigenza di conciliare i livelli occupazionali e la regolamentazione del mercato del lavoro, da un lato, e l'esigenza della legalità, dall'altro⁴⁸. Non risulta, però, del tutto chiaro, nella logica complessiva della riforma, quale sia il rapporto fra tale strumento, ispirato alla logica della continuazione dell'azienda, e quello della confisca, la cui portata è stata contestualmente ampliata e il cui normale effetto è, invece, quello di affossare definitivamente l'attività imprenditoriale illecita⁴⁹.

Si prevede, infine, con l'art. 7, l'estensione alle vittime del caporalato delle provvidenze del Fondo antitratta. Tale fondo, operativo dal 2000 e coordinato dal Dipartimento per le pari opportunità, garantisce assistenza, ai sensi dell'art. 13, della legge n. 228 del 2003, alle presunte vittime di tratta e a quelle già identificate come tali, per un periodo minimo di tre mesi, prorogabile di altri tre, con una presa in carico da parte di enti pubblici o del settore privato sociale. Al termine del periodo, i beneficiari potranno comunque fruire, ai sensi dell'art. 18, del d.lgs. n. 286 del 1998, di una serie di ulteriori servizi, quali l'accoglienza residenziale, la consulenza psicologica, l'assistenza legale, la mediazione linguistico-culturale, l'accompagnamento ai servizi socio-sanitari, la formazione professionale, il supporto nella ricerca del lavoro⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. GIANFROTTA, *op. cit.*; FIORE, *La nuova disciplina penale dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, pp. 267-285 (in partic. pp. 283-285).

⁴⁹ Cfr. COSTA, *Il caporalato: problemi e prospettive*, in *DPL*, 2016, pp. 2813-2816.

⁵⁰ Completano il quadro altre disposizioni a protezione delle vittime e, più in generale, dei lavoratori agricoli: a tutela delle vittime, si prevede l'assegnazione al Fondo antitratta dei proventi delle confische ordinate a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis cod. pen. (art. 7); a sostegno del lavoro agricolo, si modifica la normativa che ha istituito presso l'INPS la c.d. Rete del lavoro agricolo di qualità, alla quale possono essere iscritte le imprese agricole più virtuose, che non hanno riportato condanne penali per violazioni della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e che non sono destinatarie, negli ultimi tre anni, di sanzioni amministrative oltre ad essere in regola con il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi (art. 8). In particolare: viene integrato il catalogo dei reati ostativi e si prevede che, ai fini del divieto di iscrizione, le sanzioni amministrative legate alle violazioni in materia di lavoro e di legislazione sociale e in

5. Il “caporalato” nella giurisprudenza

5.1. Cenni sulle pronunce dei giudici europei

A livello europeo, assume un qualche rilievo per il tema in esame la sentenza della Corte di Giustizia UE 11 ottobre 2016, in causa C- 601/14, che ha riconosciuto un inadempimento dell'Italia nell'ambito dei reati intenzionali violenti commessi sul territorio nazionale, per non avere approntato un sistema generale d'indennizzo che fosse in grado di coprire tutte le tipologie di reati dolosi violenti nelle situazioni “transfrontaliere”. Prima che la Corte di Giustizia depositasse la sentenza, però, il legislatore italiano aveva rimediato alla procedura di infrazione n. 2011/4147 aperta dalla Commissione nei confronti dell'Italia, con una serie di articoli inseriti nella legge 7 luglio 2016 n. 122 (Legge europea 2015-2016), entrata in vigore il 23 luglio 2016. In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 11 di tale legge ha disciplinato il “diritto all'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti”, in attuazione della direttiva 2004/80/CE: l'art. 11, comma 1, della disposizione, facendo salve le provvidenze in favore delle vittime di determinati reati previste da altre disposizioni di legge, ove più favorevoli, riconosce il diritto all'indennizzo a carico dello Stato alla vittima di un reato doloso commesso con violenza alla persona e comunque del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis cod. pen., “ad eccezione dei reati di percosse e di lesioni di cui rispettivamente agli artt. 581 e 582, salvo che ricorrano le circostanze aggravanti previste dall'art. 583 del codice penale”.

Ben più rappresentativo è il caso affrontato dalla Corte Edu⁵¹, originato dal ricorso di alcuni cittadini del Bangladesh che erano stati impiegati in Grecia senza permesso di lavoro e sottoposti a lavori forzati. La Corte ha ri-

materia di imposte e tasse possano anche non essere definitive; si introducono ulteriori requisiti per le imprese agricole che intendano partecipare alla Rete del lavoro agricolo di qualità (l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro e il controllo da parte di soggetti che siano in possesso del complesso dei requisiti indicati). Si prevede, poi, un piano di interventi con misure per la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori agricoli stagionali, nonché con idonee forme di collaborazione con le sezioni territoriali della Rete. Vi sono, infine, disposizioni in materia di riallineamento retributivo (art. 10).

⁵¹ Cedu, Sez. I, 30 marzo 2017, n. 21884/15, *Chowdury e altri c. Grecia*, su cui v. A. SCARCELLA, *Raccogliere fragole senza stipendio e sotto vigilanza armata è lavoro forzato*, in *IQG*, 6 aprile 2017.

tenuto violato l'art. 4, par. 2 (divieto di lavori forzati), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, perché i loro datori di lavoro li avevano reclutati per raccolte agricole, ma non avevano pagato loro gli stipendi e li avevano obbligati a lavorare in condizioni fisiche difficili, sotto il controllo di guardie armate. Secondo la sentenza, la situazione dei lavoratori rientrava nella nozione di traffico di esseri umani e di lavoro forzato e la Grecia era venuta meno all'obbligo di evitare che detta situazione violasse i diritti umani, al fine di proteggere le vittime, senza condurre un'indagine efficace sui reati commessi e senza punire i responsabili del traffico⁵².

5.2. La giurisprudenza nazionale fino al 2017

Come già evidenziato, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, il reato di cui all'art. 603-bis cod. pen. punisce quelle condotte distorsive del mercato del lavoro, che, in quanto caratterizzate dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, non si risolvono nella mera violazione delle regole relative all'avviamento al lavoro sanzionate dall'art. 18 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Ciò è stato affermato, in particolare, in una fattispecie in cui la Corte, con riferimento alla formulazione previgente della disposizione, ha ritenuto integrato il requisito dell'intimidazione nella rinuncia dei lavoratori stranieri, privi di adeguati mezzi di sussistenza, a richiedere il pur irrisorio compenso pattuito con l'agente, per il timore di non essere più chiamati a lavorare⁵³. Una successiva pronuncia ha poi affermato che il riferimento all'attività organizzata di intermediazione (espunto dalla fattispecie incriminatrice a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1, della legge 29 ottobre 2016 n. 199, più sfavorevole, sotto questo profilo, rispetto alla formulazione anteriore), lungi dal configurare il reato *ex art. 603-bis cod. pen.* come necessariamente a forma associativa, integra un requisito modale della condotta, la quale deve svolgersi in modo non occasionale, ma attraverso una strutturazione che comporti l'impiego di mezzi⁵⁴.

Venendo alla giurisprudenza di merito, la sentenza che ha operato la

⁵² La breve rassegna della giurisprudenza europea è tratta da SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., pp. 858 e 859.

⁵³ Cass. Pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, in *MGL*, 2015, p. 352, con nota di BASSOTTI, *Sul reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: primi chiarimenti*.

⁵⁴ Cass. Pen., sez. 5, 23 novembre 2016, n. 6788.

più completa ricostruzione del quadro normativo e della sua evoluzione è quella pronunciata dalla Corte d'Assise di Lecce, il 13 luglio 2017⁵⁵ in una vicenda ampia e complessa, la quale ha affermato che l'intermediazione illecita organizzata e finalizzata allo sfruttamento lavorativo di cittadini extracomunitari introdotti clandestinamente in Italia o comunque presenti nel territorio irregolarmente, e a tal fine mantenuti in condizione di soggezione continuativa, integra il delitto di associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei delitti di riduzione in condizione analoga alla schiavitù, di favoreggiamento alla permanenza illegale sul territorio italiano di cittadini extracomunitari, di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Per quanto qui rileva, nel capo A si contestava a tutti gli imputati il reato di cui all'art. 416 cod. pen. nell'ipotesi aggravata del sesto comma, per aver dato vita ad un'associazione criminale, attiva in alcune zone del meridione d'Italia (in particolare le campagne di Nardò e Rosarno), finalizzata al reclutamento di cittadini extracomunitari da sfruttare nella raccolta di angurie e pomodori e, a tal fine, mantenuti in condizione di soggezione continuativa e, pertanto, diretta alla commissione di più delitti, tra i quali quelli di riduzione in condizione analoga alla schiavitù, di favoreggiamento alla permanenza illegale sul territorio italiano di cittadini extracomunitari, di estorsione e violenza privata. In tale contesto, alcuni imputati avevano il ruolo di organizzatori e altri imputati quello di partecipi, in quanto titolari di aziende presso le quali si verificava lo sfruttamento della manodopera straniera, ovvero "caporali" legati all'associazione e agli stessi imprenditori, con compiti di accompagnamento, organizzazione e controllo del lavoro, al fine di trarne il massimo sfruttamento. La sentenza afferma la centralità, ai fini del decidere, dell'analisi delle fattispecie del caporalato e della riduzione in schiavitù. Quanto al primo, si evidenzia come questo non esaurisca le nuove forme di sfruttamento lavorativo, ma ne rappresenti un aspetto specifico, in alcuni casi anche marginale, ma sempre particolarmente grave. Esso è, infatti, parte di un modello sociale vasto, complesso e trasversale, non circoscrivibile dentro categorie sociologiche rigide ma necessariamente aperte, che può coinvolgere la partecipazione di diversi soggetti, con funzioni correlate tra loro. Secondo la Corte, "a questo modello 'liquido' e resistente di impresa non importa il co-

⁵⁵ In *Cass. pen.*, 2018, p. 4361, con nota di DE RUBEIS, *Bene giuridico e corretta definizione delle fattispecie. Sui rapporti tra riduzione in schiavitù e intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, e in *GI*, 2018, p. 1703, con nota di MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*.

lore della pelle del lavoratore [...] quanto, invece, la sua fragilità sociale, la sua vulnerabilità e ricattabilità, tanto da sfociare talvolta in forme contemporanee [...] di riduzione in servitù e schiavitù”. Quanto al caso di specie, si distinguono, inoltre, diverse figure: a) il “caporale” o anche “caponero”, ovvero colui che recluta i lavoratori, organizza le squadre e dispone il trasporto; b) il “tassista”, che gestisce la fase del trasporto dal luogo di reclutamento al campo di lavoro e viceversa; c) il “venditore” o “ristoratore”, che organizza la vendita di generi alimentari, di solito a prezzi superiori a quelli ordinari; d) l’“aguzzino”, che adopera violenza nei confronti di lavoratori riottosi o fastidiosi; e) il “caporale amministratore delegato”, che opera come uomo di fiducia del datore di lavoro e coordina l’opera degli altri caporali, pianificando il lavoro. La sentenza ripercorre, poi, l’evoluzione normativa del sistema, affermando, a sostegno della tesi secondo cui la novità legislativa non ha sortito l’effetto sperato, che in giurisprudenza si rinviene una sola sentenza di legittimità (Cass. 27.3.2014, n. 14591)⁵⁶ e che da ciò è nata la necessità di una rivisitazione della norma, intervenuta con la legge n. 199 del 2016. Quanto al caso di specie, in sintesi, la Corte afferma che il lavoro prestato dagli operai extracomunitari si connotava per: 1) essere oggetto di “caporalato”, nel senso che l’avviamento al lavoro avveniva esclusivamente grazie all’intermediazione illecita da parte di “caporali” (fattispecie che oggi integrerebbe pacificamente l’ipotesi di reato di cui all’art. 603-bis cod. pen.); 2) essere oggetto di grave sfruttamento, avuto riguardo ai massacranti turni di lavoro, alle retribuzioni estremamente esigue, alle difficoltosissime condizioni in cui le prestazioni lavorative avevano luogo, all’assoluta disapplicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, alle minacce, alle violenze, ai ricatti cui i lavoratori venivano ripetutamente sottoposti. Dunque si tratta, non di un caso episodico, ma di un vero e proprio sistema strutturato, organizzato e voluto dai numerosi soggetti coinvolti (datori di lavoro e caporali) talvolta nel silenzio, se non con la complicità, delle istituzioni. Tutto ciò induce i giudici a ritenere sussistenti tanto il delitto di riduzione in schiavitù quanto quello di associazione a delinquere. Quanto a quest’ultimo, si osserva che un sistema di tal fatta, per potersi mantenere e perpetuare negli anni, necessita di una interazione tra le condotte dei caporali, e quelle dei datori di lavoro,

⁵⁶ Lamenta l’esiguità della giurisprudenza che ha fatto applicazione della disposizione PERELLI, *Intermediazione e sfruttamento del lavoro. Una riforma importante, passata in Sordina*, in QG, 31 marzo 2017.

che di essi si avvalgono, quasi sempre nella piena consapevolezza tanto delle modalità di reclutamento, quanto nella concreta gestione della forza lavoro; e la prova del vincolo associativo può, dunque, trarsi proprio da tale interdipendenza delle condotte, tutte poste in essere in ossequio a ruoli ben determinati e strumentali al funzionamento del meccanismo e al conseguimento del massimo dei profitti. Si conclude, dunque, per la sussistenza, a carico degli imputati, dei reati di cui agli artt. 81, 110, 416 (anche sesto comma), 600, primo e secondo comma; quanto, invece, alla fattispecie di cui all'art. 603-bis cod. pen. si afferma che la stessa non può trovare applicazione *ratione temporis*, in mancanza di una prova certa della protrazione dei fatti oltre l'entrata in vigore del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, mentre, su un piano teorico, la stessa potrebbe ritenersi comunque assorbita, in quanto meno grave, nel reato di riduzione in schiavitù⁵⁷.

La sentenza, interessante testimonianza del periodo dell'entrata in vigore del nuovo reato di caporalato, muove dall'assunto che vi sia una ideale progressione criminosa, dalle violazioni regolamentari alla vera e propria riduzione in schiavitù mediante asservimento a prestazioni lavorative, nel cui ambito il reato introdotto con l'art. 603-bis cod. pen. risulta destinato a colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro, essendo, in definitiva, finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole in materia di mercato del lavoro, ma non raggiungono "le vette dello sfruttamento estremo", proprio del delitto di riduzione in schiavitù, "come confermato dalla clausola di sussidiarietà con la quale si apre la previsione"⁵⁸. Come si desume da più passaggi della motivazione in punto di fatto, la sussistenza di condizioni tali da raggiungere la prova dello sfruttamento della situazione di bisogno dei lavoratori risulta "trainante" rispetto alla prova diretta della violenza o della minaccia. In altri termini, la costrizione cui le vit-

⁵⁷ E ciò, anche a prescindere dalla clausola di riserva del primo comma dell'art. 603-bis cod. pen. Si evidenzia, infatti, che la differenza fra il reato di cui all'art. 603-bis e quello di riduzione in schiavitù sta, fondamentalmente, nella maggior gravità di quest'ultimo, connotato da una più estesa privazione della libertà di autodeterminazione e nel fatto che la riduzione in schiavitù si attaglia alle condizioni di lavoro ma non si esaurisce con quelle. In altri termini le due fattispecie si atteggiavano come due cerchi concentrici: più grande quello dell'art. 603-bis, più piccolo quello di cui all'art. 600 cod. pen., nel senso che tutto ciò che è caporalato non è necessariamente schiavitù, ma ciò che è schiavitù è, ancora prima, caporalato.

⁵⁸ Rimarcano questi profili di differenza tra le varie fattispecie Cass. Pen., sez. 5, 4 febbraio 2014 n. 14591, e Sez. 5, 18 dicembre 2015 (dep. 21 aprile 2016) n. 16737.

time di caporalato sono sottoposte deriva non tanto da esplicite minacce, quanto invece dalla consapevolezza che, ove i lavoratori non si assoggettassero alle gravose condizioni loro imposte, perderebbero la possibilità di garantirsi il sostentamento. In tale quadro, la minaccia, può essere posta in essere anche in modo indiretto o tacito, purché attraverso comportamenti concludenti si dia contezza al soggetto minacciato dell'alternativa fra l'accettazione di una pretesa illecita e l'assoggettamento a un danno ingiusto⁵⁹. Quanto al reato associativo di cui all'art. 416 cod. pen., emerge dalla pronuncia una valorizzazione della sua autonomia rispetto alla riduzione in schiavitù, perché tale ultima fattispecie, per la sua generalità e onnicomprensività, prescinde da ogni profilo organizzativo. E la contemporanea contestazione dei due reati permette di coprire adeguatamente la ramificazione territoriale del fenomeno di sfruttamento di particolare gravità oggetto del procedimento⁶⁰.

Riveste un certo interesse la sentenza del Gip del Tribunale di Brindisi 8 giugno 2017, resa all'esito di giudizio abbreviato, la quale si riferisce anche alla fattispecie dell'art. 603-bis cod. pen., nella versione successiva alla modifica del 2016, ripercorrendo ampiamente l'evoluzione storica dell'istituto e dando atto che le contestazioni oggetto del procedimento, che riguardano il periodo fra il 2014 e l'aprile 2016, restano regolate dalla vecchia fattispecie. In base all'analisi del quadro istruttorio, costituito anche da intercettazioni, il giudice ritiene: la sussistenza di un'attività organizzata di intermediazione, con reclutamento della manodopera da inviare presso l'impresa agricola, trasporto dei braccianti (con "staffetta" per prevenire eventuali interventi delle forze dell'ordine) e organizzazione dell'attività lavorativa; lo sfruttamento dell'attività lavorativa, sotto il profilo della sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi e, comunque, sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, con bustepaga fittizie e attribuzione arbitraria di compensi per lavoro straordinario,

⁵⁹ In questi termini, la condivisibile ricostruzione interpretativa di MORGANTE, *op. cit.*

⁶⁰ La Corte d'assise d'appello di Lecce, con sentenza del 9 aprile 2019, della quale non è ancora nota la motivazione, pare non avere condiviso la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di primo grado, giungendo ad assolvere la maggioranza degli imputati. Non è questa la sede per operare una valutazione analitica del compendio istruttorio al fine di valutare se le condotte poste in essere siano effettivamente sussumibili nella fattispecie astratta della riduzione in schiavitù. Deve però ricordarsi come tale fattispecie presupponga un elevatissimo grado di compressione della libertà personale, che va al di là dell'approfittamento, anche grave e reiterato, dello stato di bisogno di soggetti la cui capacità di autodeterminazione non sia del tutto annullata.

normalmente per difetto, a prescindere dall'effettiva durata delle prestazioni; lo sfruttamento, sotto il profilo della sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro e al riposo settimanale, essendo i lavoratori sottoposti a pesantissimi ritmi, di regola anche nei giorni festivi, senza adeguati momenti di riposo e con ritorni anche in tardissima serata; lo sfruttamento, sotto il profilo della sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene tali da esporre i lavoratori a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale, per le modalità di trasporto in veicoli nei quali venivano stipati o posizionati nel bagagliaio, molto al di là della regolare capienza dei veicoli stessi; lo sfruttamento, sotto il profilo della sottoposizione a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza e situazioni alloggiative particolarmente degradanti, essendo limitato l'uso del bagno e non essendo stati presi in considerazione malori e situazioni di disagio ed estrema stanchezza; l'uso di minacce e intimidazioni, relative a prospettati licenziamenti o rimpatri nei paesi di origine, nonché alla non corresponsione del salario dovuto o alla pretesa che parte dello stesso fosse restituita; l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, soggetti di disagiatissima condizione economica.

Su un piano più strettamente giuridico, deve osservarsi che il giudice evidenzia come la sussistenza del requisito della violenza o minaccia fosse elemento costitutivo del delitto prima della riforma introdotta nel 2016, che lo ha trasformato in circostanza aggravante ad effetto speciale. Osserva, altresì, che la nuova normativa deve ritenersi più favorevole nei casi in cui – come quello in esame – ricorrono ulteriori aggravanti ad effetto speciale (il numero dei lavoratori reclutati superiori a tre). Infatti, l'applicazione della normativa vigente al momento del fatto imporrebbe l'aumento della pena da un terzo alla metà sulla pena base prevista dal primo comma dell'art. 603-*bis* cod. pen. nell'originaria formulazione; mentre, con l'applicazione della nuova normativa, poiché il requisito della violenza o minaccia diventa una circostanza aggravante ad effetto speciale e poiché anche il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre è una aggravante ad effetto speciale, trova applicazione l'art. 63, quarto comma, cod. pen., il quale prevede che, se concorrono più circostanze aggravanti a effetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla. In forza di tale disposizione, il giudice non ritiene in concreto di apportare alcun ulteriore aumento per l'aggravante del numero dei lavoratori con riferimento ad un'imputata.

5.3. La giurisprudenza nazionale degli ultimi due anni

Dalla più recente giurisprudenza di legittimità giungono alcuni spunti per l'interpretazione della disposizione dell'art. 603-*bis* cod. pen. nella sua formulazione attualmente vigente. Nella sua sinteticità, Cass. pen., sez. 5, 16 gennaio 2018 n. 7891, afferma, in particolare, che il reato di caporalato è configurabile anche in assenza di un profitto, essendo sufficiente l'aver reclutato manodopera posta in condizioni di sfruttamento, vista la centralità del presupposto dello stato di bisogno dei lavoratori.

Assai più rilevante è la successiva Cass. pen., sez. 4, 27 settembre 2018 n. 54024, la quale si occupa, invece, della confisca, affermando che non è dato ricavare alcun dato sistematico né alcuna intenzione del legislatore di prevedere la confisca ex art. 600-*septies* cod. pen., ritagliata solo per i delitti a danno dei minori, anche ai casi di condanna per il reato di caporalato. Ne consegue che i beni che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del delitto potranno essere confiscati solo in ragione della specifica previsione dell'art. 603-*bis*, n. 2), cod. pen., con esclusivo riferimento ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore di tale ipotesi specifica di confisca obbligatoria, diretta o per equivalente. La Corte giunge a tale conclusione in un caso in cui vi era stato un provvedimento di sequestro preventivo, emesso in relazione all'ipotesi di reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., per fatti commessi dal 2012 al dicembre 2016, e finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato realizzato, sotto forma di risparmio di spesa. Il Tribunale del riesame aveva riconosciuto che il sequestro preventivo era stato disposto – ai sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen. – essenzialmente con riferimento all'ipotesi di confisca per equivalente, introdotta, per tale specifica ipotesi di reato, dall'art. 603-*bis*.2 cod. pen. Senonché tale norma è stata inserita nell'ordinamento dalla legge n. 199 del 2016, art. 2, comma 1, a decorrere dal 4 novembre 2016, mentre il reato per cui si procedeva era stato commesso nel 2012. All'obiezione difensiva che aveva lamentato la violazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, il Tribunale aveva replicato che già dal 2012 era comunque in vigore una ipotesi di confisca di beni di valore equivalente a quelli che costituiscono profitto del reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen., ossia quella dell'art. 600-*septies* cod. pen., trattandosi di confisca che troverebbe applicazione a tutte le ipotesi di reato previste nella stessa sezione I in cui è collocata la norma incriminatrice in disamina. La Corte di cassazione non condivide tale ricostruzione interpretativa e opera una lettura sistematica

e diacronica dell'art. 600-*septies* cod. pen. – introdotto dall'art. 7 della legge n. 269 del 1998 – che, nella sua prima formulazione prevedeva delle pene accessorie nel caso di condanna per i delitti previsti dagli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies* cod. pen.; tutti delitti inseriti nella sezione I (Dei delitti contro la personalità individuale) del capo III, titolo XII, libro II del codice penale, riferiti alla tutela contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia e del turismo sessuale in danno di soggetti minori. In tale prima formulazione era assente qualsiasi riferimento ai “delitti di cui alla sezione prima” o a reati diversi da quelli in essa espressamente indicati, e non era prevista alcuna forma di confisca. Con la legge n. 228 del 2003, art. 15, è stata introdotta una forma di confisca per equivalente in relazione ai reati di cui agli articoli “previsti dalla presente sezione”, vale a dire quelli sopra indicati, oltre a quelli già previsti in tale sezione, vale a dire gli artt. 600, 601 e 602 cod. pen., oggetto di modifica legislativa proprio ad opera della legge n. 228 del 2003. Un'ulteriore modifica è stata apportata con la legge n. 38 del 2006, in materia di “Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet”, con la quale è stato introdotto un secondo comma nell'art. 600-*septies* cod. pen. che prevedeva, in caso di condanna per i reati dianzi menzionati, “l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori”. Infine, la legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), con l'art. 4, comma 1, ha sostituito l'art. 600-*septies* con l'attuale formulazione, che prevede la confisca “per i delitti previsti dalla presente sezione”, nonché per i reati in materia di violenza sessuale ai danni di minori. Poco prima dell'introduzione di quest'ultima modifica – come noto – la legge n. 148 del 2011 aveva introdotto nuove “Misure a sostegno dell'occupazione”, tra cui la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 603-*bis*, inserita nella stessa Sezione I in cui è collocato l'art. 600-*septies* cod. pen. Tale essendo l'evoluzione normativa, la Corte di cassazione afferma che il mero dato formale costituito dal fatto che l'ultima versione dell'art. 600-*septies* cod. pen. sia entrata in vigore in epoca successiva alla introduzione della norma di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. non comporta l'automatica applicabilità a tale specifico reato di quella ipotesi di confisca, sulla base del mero richiamo, ivi contenuto, ai “delitti previsti dalla

presente sezione”; e ciò perché, secondo la Corte, l’art. 600-*septies* ha sempre avuto lo scopo di contrastare in maniera più efficace fenomeni di abuso nei confronti dei minori (legati alla prostituzione, alla pornografia o a condotte di violenza sessuale), mediante la previsione di sanzioni aggiuntive per i responsabili di tali specifici delitti, costituite da pene accessorie e dalla confisca di beni costituenti prodotto, prezzo o provento dei reati in questione, senza mai prendere in considerazione l’art. 603-*bis* cod. pen. E in tale senso la sentenza valorizza il fatto che negli interventi normativi che hanno apportato modifiche all’art. 600-*septies* cod. pen. non vi è mai stato alcun riferimento al reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Infatti, i lavori preparatori dell’ultima modifica dell’art. 600-*septies* (quella del 2012) risalgono addirittura al 2010, epoca precedente all’introduzione nell’ordinamento (nel 2011) dell’art. 603-*bis* cod. pen.; cosicché pare evidente che vi sia stato un difetto di coordinamento fra i due interventi legislativi, con particolare riguardo a quello del 2012 per l’art. 600-*septies* c.p., che non ha in alcun modo considerato – nel mantenere la dizione “delitti previsti dalla presente sezione” – che in quella stessa sezione del codice penale era stato nel frattempo introdotto il nuovo articolo 603-*bis*, contenente una fattispecie penale del tutto autonoma e distinta rispetto ai reati della sezione diretti alla tutela dei minori, nei soli confronti dei quali era finalizzata tale confisca, visto che la modifica legislativa aveva ad oggetto proprio la ratifica della Convenzione di Lanzarote del 2007 per la protezione dei minori vittime di sfruttamento e di abuso sessuale. Allo stesso modo, nessun riferimento alla confisca *ex* art. 600-*septies* è presente nel provvedimento legislativo che ha introdotto l’art. 603-*bis* cod. pen. A conferma della ritenuta inapplicabilità al caporalato della confisca *ex* art. 600-*septies*, la Corte richiama l’art. 600-*septies*.2 cod. pen., anch’esso introdotto con la legge n. 172 del 2012, che, pur riportando la stessa espressione dell’art. 600-*septies* (“delitti previsti dalla stessa sezione”), prevede per tali delitti pene accessorie (perdita della responsabilità genitoriale, interdizione perpetua da uffici attinenti alla tutela, curatela o amministrazione di sostegno, perdita del diritto agli alimenti e esclusione dalla successione della persona offesa) riferibili ai reati a tutela di vittime minorenni, ma del tutto incongruenti rispetto alla tutela di lavoratori vittime di intermediazione illecita e di sfruttamento di cui all’art. 603-*bis* cod. pen. Ad ulteriore conferma, si afferma che, se la confisca di cui all’art. 600-*septies* fosse stata suscettibile di essere applicata anche al reato di sfruttamento della manodopera, non si comprenderebbe la ragione dell’introduzione, con la legge n. 199 del 2016,

dell'art. 603-*bis*.2 cod. pen., che prevede, appunto, una specifica ipotesi di confisca obbligatoria – diretta o per equivalente – per il reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen.

Del tutto condivisibilmente, la Corte di cassazione sceglie di adottare un'interpretazione storico-sistematica, evidenziando, da un lato, la chiarezza del disegno del legislatore nel senso di un graduale incremento degli strumenti di tutela delle vittime minorenni da reati a sfondo sessuale, dall'altro, l'evidente mancanza di coordinamento tra tale disciplina e quella introdotta contro lo sfruttamento di manodopera. E, del resto, l'interpretazione letterale, di segno opposto, si baserebbe su di una espressione generica, quale quella riferita ai “delitti previsti dalla presente sezione”, che di per sé non può ritenersi sufficiente, alla luce di quanto osservato, per poter ricondurre al reato di cui all'art. 603-*bis* cod. pen. una previsione di confisca (art. 600-*septies* cod. pen.) che, peraltro, per quanto consta, non ha mai trovato concreta applicazione in relazione al reato in questione.

Più di recente, il Tribunale di Milano, sezione misure di prevenzione⁶¹, ha disposto l'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 del Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) nei confronti di un'importante azienda multinazionale che opera nel settore della logistica, estendendo in concreto l'ambito di applicazione dell'art. 603-*bis* cod. pen. ben al di là dei tradizionali settori dell'agricoltura e dell'edilizia), superando così la rappresentazione stereotipata dello sfruttamento del lavoro come di un fenomeno legato a contesti poco sviluppati del territorio nazionale. Si tratta, inoltre, del primo caso in cui l'art. 34 del codice antimafia trova applicazione avendo quale presupposto il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro⁶². Il sistema di sfruttamento del lavoro oggetto dell'attenzione del Tribunale è costituito da un'organizzazione strutturata attraverso una rete di cooperative fittizie, che operavano come schermo rispetto all'azienda utilizzatrice della manodopera. In realtà, i lavoratori delle cooperative erano esclusi da ogni effettiva forma di collaborazione mutualistica e non partecipavano a decisioni comuni, mentre il *dominus* di fatto era la società che concretamente si avvaleva dei servizi

⁶¹ Decreto 7 maggio 2019 n. 59, nei confronti di Ceva Logistics Italia s.r.l.

⁶² L'osservazione è di MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*, in *DPCont.*, 2019, 6, p. 171 ss., il quale sottolinea la versatilità degli strumenti che la norma mette a disposizione e richiama, quanto agli indici di sfruttamento, la recente Cass. Pen., sez. 4, 1° febbraio 2019, n. 5081, secondo la quale, per la sussistenza del reato, tali indici non devono necessariamente coesistere.

(di facchinaggio e movimentazione merci) e forniva direttive gestionali e decisionali, imponendo un regime di sopraffazione nella retribuzione e nel trattamento, con costanti minacce di licenziamento, turni di lavoro di dodici ore, paghe inferiori ai minimi previsti, straordinari imposti, ferie negate. Del tutto coerentemente con il carattere marcatamente sostanzialistico della tutela penale, il Tribunale, al di là dell'inquadramento formale dei lavoratori alle dipendenze dell'una o dell'altra cooperativa, individua quale responsabile il soggetto utilizzatore finale della manodopera e dispone la misura patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria proprio nei confronti di tale soggetto. Si tratta – ed in questo sta la “modernità” dell'intervento – di una misura concepita nei termini di una amministrazione per affiancamento, priva di componenti repressive; rivolta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione anti-giuridica di imprese sane, con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirla al libero mercato, una volta depurate dagli elementi inquinanti. E l'amministrazione giudiziaria sarà, quindi, finalizzata ad analizzare ed eventualmente rimodulare, in un'ottica primaria di salvaguardia dell'occupazione, gli accordi contrattuali in essere con la rete delle cooperative aventi ad oggetto la prestazione di manodopera, coinvolgendo altre società operanti nella prestazione di servizio di manodopera. Si specifica, inoltre, che l'amministrazione dovrà provvedere a verificare l'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 per prevenire fattispecie di reato ricollegabili all'art. 603-bis cod. pen. Da notare, infine, che il Tribunale sceglie di colpire la multinazionale utilizzatrice finale della forza lavoro sfruttata, utilizzando lo strumento dell'amministrazione giudiziaria anziché quello del controllo giudiziario previsto dall'art. 3 della legge n. 199 del 2016, che può trovare applicazione nei confronti dell'azienda presso cui è stato commesso il reato. E ciò è possibile in conseguenza della coesistenza di una pluralità di strumenti, la cui scelta resta affidata alla discrezionalità del giudice, in mancanza di rigidi parametri precostituiti.

6. *Brevi considerazioni conclusive*

Mosso dalla necessità di approntare uno strumento di tutela sufficientemente elastico, che si collocasse a metà tra le violazioni meramente formali in materia di lavoro e la grave fattispecie della riduzione in schiavitù, il legi-

slatore è intervenuto in due riprese, creando e poco dopo modificando il nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Già nella sua formulazione del 2011, l'art. 603-*bis* cod. pen. aveva occupato lo spazio nel quale si collocavano condotte di grave sopraffazione, che non erano, però, tali, da provocare un vero e proprio annichilimento della libertà delle vittime, perché queste non perdevano del tutto la possibilità di autodeterminarsi e sfuggire alle difficili condizioni di lavoro loro imposte, pur dovendone pagare il costo in termini di sicurezza economica o, in molti casi, di permanenza sul territorio nazionale. La nuova formulazione della fattispecie dell'art. 603-*bis* cod. pen., ispirata ad un positivo intento di razionalizzazione della disciplina sanzionatoria, con l'eliminazione delle lacune esistenti nel vecchio testo, pare raggiungere il suo obiettivo solo in parte. Essa ha il merito di creare una nuova figura di "caporalato senza caporale", ma – al di là dell'indubbio risultato rappresentato dalla chiara riferibilità della fattispecie anche al datore di lavoro, conseguenza della scissione fra intermediazione e sfruttamento – appare ispirata ad un intento, non sempre mirato, di intervento *omnibus*, attraverso un dispiegamento di strumenti il cui coordinamento non appare nella pratica di facile realizzazione. Si pensi, ad esempio, al problema, del rapporto fra il potenziamento della confisca, istituto che acquisisce, nella specie, un carattere tipicamente sanzionatorio, e l'introduzione del controllo giudiziario in chiave ripristinatoria della legalità. Probabilmente questa seconda strada è quella che il legislatore avrebbe dovuto perseguire più coraggiosamente, perché il principale limite della novella del 2016 è proprio quello di non risolvere il problema pratico di garantire la possibilità per il datore di lavoro di assumere squadre di lavoratori, anche stranieri, a basso livello di specializzazione, in modo rapido e legale. In mancanza di strutture pubbliche che siano in grado di fare incrociare efficacemente la domanda e l'offerta e di una politica dell'immigrazione rivolta in tal senso, specialmente nelle province a più marcata vocazione agricola, è naturale che i lavoratori facciano riferimento a "caporali", che garantiscano loro la giornata di lavoro, oltre ai servizi accessori, come trasporto, vitto e alloggio, traendone guadagni illeciti. Per contro, i datori di lavoro lucrano dall'approfitto delle condizioni di bisogno dei lavoratori un risparmio di costi che garantisce di fatto una competitività che il sistema produttivo non avrebbe se l'attività imprenditoriale si svolgesse nei limiti della legalità⁶³; anzi, in un contesto locale di ge-

⁶³ Cfr. SCARCELLA, *Il legislatore interviene*, cit., 862; A. MERLO, *op. cit.*, pp. 174-176.

neralizzato dispregio della legge, il ricorso al caporalato viene percepito dagli imprenditori come uno strumento essenziale per mantenersi sul mercato. Come in generale per i fenomeni legati all'immigrazione, l'approccio repressivo non appare, dunque, sufficientemente efficace, perché si limita a colpire le conseguenze patologiche della mancata gestione dei flussi migratori, il cui effetto è quello di inibire di fatto la possibilità di impiegare lecitamente una manodopera straniera che possa essere regolarmente presente sul territorio nazionale proprio allo scopo di garantire al comparto agricolo adeguati livelli di produttività. Accanto alle manifestazioni più tradizionali del caporalato, in contesti agricoli e in aree economicamente arretrate, si palesano, però, forme di sfruttamento nuove e più evolute, che impongono di adeguare paradigmi interpretativi e strumenti di contrasto. Proprio in questo quadro, va comunque osservato che gli orientamenti giurisprudenziali tengono conto in modo consapevole dell'evoluzione e dei limiti della disciplina penale, valorizzando la posizione intermedia dell'art. 603-bis cod. pen. rispetto alle violazioni formali, da un lato, e ai più gravi reati e degli artt. 600 e seguenti dall'altro, e giungendo a soluzioni sempre più consapevoli della necessità di realizzare un bilanciamento tra i vari interessi in gioco⁶⁴, nel senso di preferire all'approccio puramente repressivo misure dirette a favorire la continuazione dell'attività imprenditoriale, condizionandola all'indispensabile regolarizzazione dei rapporti di lavoro.

⁶⁴ Si pensi al recente decreto del Tribunale di Milano 7 maggio 2019 n. 59.

Abbreviazioni fuori elenco

| | |
|---------------|-----------------------------------------------------|
| <i>DDPen</i> | Digesto delle Discipline Rivista Penalistiche |
| <i>LPO</i> | Lavoro e Previdenza Oggi |
| <i>IPen</i> | Indice Penale |
| <i>DPCont</i> | Diritto penale contemporaneo |
| <i>RP</i> | Rivista Penale |
| <i>RTDPEc</i> | Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia |
| <i>DIC</i> | Diritto, immigrazione e cittadinanza |
| <i>QD</i> | Il Quotidiano del diritto |
| <i>QG</i> | Questione giustizia |
| <i>QG</i> | Il quotidiano giuridico |
| <i>LPen</i> | Legislazione Penale |
| <i>GPen</i> | La giustizia penale |

Abstract

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro previsto dall'art. 603-*bis* cod. pen. muove da un intento di razionalizzazione della disciplina sanzionatoria che raggiunge il suo obiettivo solo in parte. Essa si serve, infatti, di un insieme di strumenti il cui coordinamento non appare nella pratica di facile realizzazione, come la confisca, a carattere tipicamente sanzionatorio, e l'introduzione del controllo giudiziario, in chiave ripristinatoria della legalità. Il legislatore avrebbe dovuto perseguire più nettamente l'obiettivo del ripristino della legalità, allo scopo di risolvere il problema pratico di garantire la possibilità per il datore di lavoro di assumere, in modo rapido e legale, lavoratori non sfruttati, i cui diritti fondamentali siano efficacemente garantiti nel quadro di una politica dell'immigrazione e dell'occupazione ispirata a trasparenza ed efficienza. .

The legislative and jurisprudential evolution of the crime of illicit intermediation and exploitation of labor provided for by article 603-*bis* of the penal code is inspired by an intent of rationalization that only partially reaches its aim. As a matter of fact, the actual regulation is not consistent enough, because it is based on a set of instruments of different nature, such as confiscation, with a typically sanctioning nature, and the introduction of judicial control, in order to restore legality. The legislator should have more clearly pursued the goal of restoring legality, in order to solve the practical problem of guaranteeing the possibility for the employer to hire, in a rapid and legal way, workers whose fundamental rights are effectively protected, within the framework of an immigration and employment policy based on transparency and efficiency.

Key words

Caporalato, intermediazione illecita, sfruttamento, mercato del lavoro, sanzione penale, ripristino della legalità.

Illegal hiring, illicit intermediation, exploitation, labor market, penal sanction, restoration of legality.

Franca Borgogelli
Riflessioni sul sistema di valutazione
nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme

Sommario: **1.** Introduzione: il ruolo della valutazione. **2.** Le aporie della disciplina precedente la riforma Madia. **3.** Le modifiche introdotte dalla riforma del 2017. **4.** Osservazioni sul futuro.

1. Introduzione: il ruolo della valutazione

Il sistema di valutazione rappresenta, come è ben noto, uno dei nodi tutt'ora irrisolti della disciplina del lavoro pubblico, ovvero, più in generale, del lungo percorso di riforma della pubblica amministrazione iniziato nel 1992: il susseguirsi, a ogni tappa di quel percorso, di interventi legislativi in materia non ha condotto alla costruzione di una regolamentazione soddisfacente. Giunta in porto nel maggio 2017, dopo una navigazione particolarmente agitata, la quarta riforma del lavoro pubblico¹ che introduce modifiche anche al sistema di valutazione, se ne è prospettata una quinta con la presentazione, nel marzo 2019, da parte dell'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione Bongiorno, di un disegno di legge “recante deleghe al governo per il miglioramento della pubblica amministrazione” finalizzato, tra l'altro, ad “assicurare il miglioramento dei sistemi di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa delle amministrazioni pubbliche”². Il successivo cam-

¹ D.lgs. 25 maggio 2017 n. 74, contenente modifiche al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, in attuazione dell'art. 17, co. 1, lett. r), l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche; D.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, recante modifiche e integrazioni al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in attuazione di disposizioni degli artt. 16 e 17 della l. 124/2015.

² Il disegno di legge è stato presentato al Senato il 5 marzo 2019 e registrato con il n. S-1122.

bio di governo non consente, nel momento in cui si scrive, di fare ipotesi in ordine all'evoluzione legislativa; può peraltro essere utile qualche riflessione, pur senza entrare nel merito dell'esegesi delle specifiche disposizioni, sulle scelte normative sin qui effettuate e sulle cause della sostanziale inadeguatezza, in termini di efficacia ed efficienza, dei risultati raggiunti, considerato che l'indiscussa rilevanza della materia porterà presumibilmente a nuovi interventi regolativi.

Della necessità di superare i limiti dell'attuale disciplina non si può infatti dubitare, perché il sistema di valutazione riveste un ruolo centrale nella struttura regolativa dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA), rappresentando la pre-condizione della legittimazione del modello privatistico-contrattualistico che fa perno sulla separazione tra politica e amministrazione, costruito con i provvedimenti legislativi del 1992/93 e 1997/98 e mai messo in discussione nei suoi tratti fondativi dai successivi interventi riformatori. Peraltro si tratta di capire di quale tipo di intervento ci sia bisogno. Ovvero, se si ritengono sufficienti operazioni di manutenzione e rettifica, prospettando solo un attento monitoraggio prodromico di correzioni mirate a porre rimedio a discrasie tra regole e prassi, conseguente a una non adeguata attenzione all'implementazione delle norme. Oppure, se si è in presenza di errori e di lacune nel sistema regolativo che lo rendono inadeguato rispetto al ruolo centrale che la valutazione ricopre nella struttura della disciplina dell'organizzazione e del lavoro nelle PA; dunque si impone, se quella struttura non si intende modificare alla radice³, la necessità di riformulare radicalmente la disciplina del sistema di valutazione per renderlo finalmente conforme al ruolo che riveste⁴. Con ciò ovviamente non si auspica il reiterarsi del costume della riformulazione delle (medesime) regole e dunque a ogni cambio di maggioranza, che ha sovente condotto a sommergere le PA di norme inutili o difficilmente coordinabili, contraddicendo il proclamato obiettivo di razionalizzazione e semplificazione.

³ Chi scrive ritiene che la struttura originaria della riforma degli anni '90 del '900 non vada messa in discussione. Al riguardo si rinvia da ultimo alle analisi e riflessioni di L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *LPA*, 2019, n. 2, p. 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2018, n. 366; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2019, *Collective Voumes*, n. 8, p. 9 ss.

⁴ Si anticipa che le riflessioni qui svolte condurranno a questa ultima conclusione.

Per rispondere al quesito può essere utile sottolineare come parlare di valutazione conduca a trattare dei temi fondanti la privatizzazione/contrattualizzazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, delle radici del modello regolativo e della sua legittimazione costituzionale, ovvero tornare alle (ri)costruzioni giuridiche – in particolare di Orsi Battaglini e di D’Antona⁵ – a cui hanno dato riscontro le decisioni della Corte Costituzionale che hanno avallato la riforma a fronte dei molti dubbi e rilievi critici. Infatti, come è ben noto, tale modello regolativo⁶, nel momento in cui separa la sfera della “politica” da quella della “gestione”, affidando ai dirigenti il compito di amministrare in piena autonomia “con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (ora art. 5, co. 2, d.lgs. 165/2001), necessita del sistema della valutazione per legittimarsi a fronte del dettato dell’art. 97 Cost., come si deduce dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, a partire dalle decisioni n.313 del 1996 e n.309 del 1997 sino alle più recenti⁷.

In altri termini, il modello regolativo che si basa sulla funzionalizzazione non dei singoli atti, assoggettati al controllo di legittimità, ma del complesso dell’attività, presuppone necessariamente la valutazione della conformità dell’esito dell’attività dell’amministrazione ai principi di imparzialità e buon andamento, con i corollari dell’efficacia, efficienza, economicità. Come scrive Orsi Battaglini, in questo modello (che chiama “sintetico” contrapponendolo a quello “analitico”, pubblicistico, entrambi possibili modi di attuazione dell’art. 97 Cost.) l’ordinamento riferisce “la valutazione dell’imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende, o risultati, intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue) e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l’atto ma l’attività”⁸. Il passaggio dalla funzionalizzazione “analitica” alla funzionalizzazione “sintetica” attribuisce dunque all’esistenza di un valido sistema di valutazione un ruolo fondamentale: se il

⁵ ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, DLRI, 1993, p. 461 ss.; D’ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, ora in D’ANTONA, *Opere*, p. 205 ss.; D’ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, ora in D’ANTONA *Opere*, p. 128 ss.

⁶ Modello che non è stato messo in discussione, almeno nei suoi profili portanti, dal succedersi degli interventi legislativi e confermato dalla riforma Madia.

⁷ Si vedano in particolare le decisioni della Corte Costituzionale n. 20 del 2016, n. 81 del 2013, n. 304 del 2010, nn. 390 e 161 del 2008, n. 103 e n. 104 del 2007.

⁸ ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 471.

modello privatistico/contrattualistico implica una diversa concezione giuridica dell'organizzazione e quindi del potere organizzativo⁹, il risultato finale, non dato dalla somma delle conformità ai fini di ogni singolo atto ma lasciato libero di esplicarsi, dovrà poi necessariamente essere sottoposto a verifica¹⁰.

In sintesi, dal momento che nel modello privatistico/contrattuale l'equilibrio tra imparzialità dell'attività amministrativa e attuazione dell'indirizzo politico rappresenta il nodo centrale¹¹, il sistema di valutazione, essenziale per garantire tale equilibrio, si configura cruciale, rappresentando lo strumento di chiusura del modello. Un ruolo che comporta un raggio d'azione ampio e complesso: come attestato dalla dottrina prevalente, il sistema di valutazione, per assolvere al compito di verificare la corrispondenza dei risultati dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, deve (*rectius* dovrebbe) occuparsi non solo delle relazioni interne – del rapporto tra politica e dirigenti (verifica della rispondenza della gestione autonoma dei dirigenti agli obiettivi e alle direttive del vertice politico), e tra dirigenti e personale (verifica della qualità delle prestazioni in relazione all'organizzazione usando tra l'altro gli strumenti della premialità) – ma anche dei risultati complessivi dell'insieme delle attività, alla luce dei bisogni da soddisfare. Sarebbe dunque da misurare e valutare – tenendo conto del rapporto tra profilo individuale e profilo collettivo (*rectius* organizzativo), secondo i dettati delle scienze dell'organizzazione, trovando i rimedi o i correttivi in caso di esito negativo o parzialmente insoddisfacente – l'intero processo, a partire dalla qualità e adeguatezza degli obiettivi e delle direttive dei vertici politici, e analizzare il livello di soddisfazione dei bisogni della collettività raggiunto, la qualità complessiva dell'attività, l'uso adeguato delle risorse pubbliche. Si dovrebbe altresì considerare che i protagonisti principali sono non solo i dirigenti, i quali gestiscono la micro-organizzazione e il personale, rapportandosi con la sfera politica per riceverne obiettivi e direttive, da un lato, e con il personale per

⁹ Come è stato efficacemente rilevato, “la “privatizzazione” non è in questa o in quella regola – più o meno generale o specifica –, in questo o in quell'istituto; è, prima di tutto, in una diversa concezione giuridica dell'organizzazione e quindi del potere organizzativo: riguarda l'organizzazione che si fa nella complessità e nella dinamicità del reale” (A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 322).

¹⁰ ORSI BATTAGLINI, *ibidem*.

¹¹ “Come noto, il *punctum dolens* è l'equilibrio tra imparzialità dell'attività amministrativa e attuazione dell'indirizzo politico”: A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 319.

guidarlo al raggiungimento del risultato dell'attività amministrativa che sovrintendono, dall'altro, ma anche il vertice politico, che individua gli obiettivi e i programmi e sovrintende al processo a cascata di assegnazione degli incarichi.

Appare dunque evidente, nel quadro delineato, la centralità, per il buon funzionamento del sistema di valutazione, della disciplina della relazione del dirigente con gli organi di direzione politica¹²: un rapporto che si può leggere in termini di processo circolare, di stretta connessione che chiama in causa le irrisolte criticità del nesso tra dirigenza e politica per le aporie presenti nella regolazione sia della valutazione sia della responsabilità dirigenziale. Non si condivide, pertanto, l'opinione espressa da una parte della dottrina amministrativistica quando riconduce le difficoltà e le prassi distorte nel rapporto tra politica e amministrazione alla "sudditanza" della dirigenza alla politica quale connotato del modello privatistico introdotto dalla riforma degli anni '90, e in particolare allo *spoyle system*. Si è affermato che "la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico assimilando la dirigenza pubblica a quella privata ha fornito argomenti al suo assoggettamento alla politica (sistema *spoyle system* contro principio del merito)"¹³. Al contrario, è da dubitare che la "sudditanza" sia conseguenza ineluttabile di quel modello e che la soluzione dei problemi risieda nell'accentuazione del distacco tra politica e dirigenza, perché la loro interazione è necessaria, avendo entrambe, pur su piani separati e con competenze diverse, la responsabilità di assicurare una azione pubblica che soddisfi i bisogni della collettività. Infatti, nel modello di privatizzazione disegnato negli anni '90 la separazione tra sfera politica e sfera amministrativa si prospetta come uno scambio proficuo, nella reciproca autonomia e differenza dei ruoli; e la verifica dei risultati rappresenta il momento di controllo e di legittimazione.

In altre parole, il modello privatistico delinea il rapporto tra dimensione politica e dimensione amministrativa in termini di "coordinamento funzio-

¹² Per l'analisi del legame tra questi profili si rinvia alla letteratura che si è occupata di dirigenza pubblica, ma le numerose opere non possono essere qui richiamate.

¹³ Per l'affermazione che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, assimilando la dirigenza pubblica a quella privata, ha fornito argomenti al suo assoggettamento alla politica e che "il principio del merito" ha subito "i più intensi attacchi con l'introduzione di massicce dosi di *spoyle system*" si rinvia a MATTARELLA, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, a cura di GARDINI, Quaderni della SPISA, Bononia University Press, 2012, sul punto p. 256 ss.

nale” e sostituisce alla verifica del mercato e agli indici di profitto la valutazione della qualità del servizio reso dalla pubblica amministrazione. Le difficoltà e le prassi distorte nel rapporto tra politica e amministrazione sono quindi da imputare soprattutto all’inidonea regolazione e applicazione del sistema della valutazione e all’assenza di attenzione per la “valutazione esterna”¹⁴; nonché alla carente e confusa disciplina del correlato sistema degli incarichi e della responsabilità dirigenziale e allo scarso, se non nullo, rilievo attribuito al ruolo e alle responsabilità della sfera politica. Il problema risiede dunque non nel modello, ovvero nella scelta regolativa a monte, ma nella disciplina – soprattutto della dirigenza e della valutazione¹⁵ – che doveva accompagnarla per tradurre in concreto il disegno e consentirne l’attuazione.

Del resto, come è stato osservato, la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale “riflette la dicotomia presente nell’impianto costituzionale, in cui il modello di amministrazione totalmente tecnica e imparziale (art.97 Cost.) è costretto a convivere con quello di un’amministrazione totalmente ministeriale e politica (95 Cost). Si tratta in realtà di una dicotomia fisiologica, direi persino sana. È persino illusorio, infatti, pensare di rendere totalmente impermeabile la dirigenza pubblica a qualsiasi rapporto con la politica. (...) È illusorio soprattutto pensare di eliminare la politicità di una decisione pubblica semplicemente trasferendone la titolarità ad organi tecnici (...) è molto importante individuare un giusto punto di equilibrio tra politica e gestione, fiducia e tecnica, buon andamento e imparzialità”¹⁶. Di conseguenza, partendo dal presupposto che per realizzare tale equilibrio sia necessario un adeguato sistema di valutazione, e che i problemi derivino dalla regolazione attuativa del modello di separazione/interrelazione tra vertice politico e dirigenza con riguardo ai profili della valutazione nonché, in connessione, degli incarichi e responsabilità dirigenziali, si considererà il percorso legislativo della disciplina del sistema di valutazione in questa ottica, al fine

¹⁴ “Rivolta non a verificare *in chiave gestionale il funzionamento* dell’organizzazione, ma a misurare *in chiave istituzionale gli esiti* dell’attività delle pubbliche amministrazioni”: così A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 325, a cui si rinvia per la riflessione sulla “decisiva (sinora incompiuta) “valutazione esterna” delle pubbliche amministrazioni”, la quale “nell’attuale contesto sarebbe il vero antidoto alla patologia della politica; e prima di tutto per questo – con ogni probabilità – fatica tanto a decollare” (*ibidem*, p. 327).

¹⁵ Per quanto riguarda l’analisi critica dell’evoluzione legislativa in materia di valutazione della dirigenza v. in particolare SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, LPA, 2016, p. 70 ss.

¹⁶ GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità*, in LPA, 2016, pp. 159-160.

di verificare se la riforma Madia sia riuscita a superare i limiti e le lacune della previgente normativa. Quanto meno, se si sia avvicinata all'obiettivo, e dunque sia opportuno proseguire per quella strada, sulla quale sembrava avviarsi anche la riforma Bongiorno, oppure se sia necessario intraprendere un percorso di riforma decisamente più radicale.

Nella prospettiva di analisi qui adottata non si considererà invece il profilo della misurazione e valutazione della *performance* in relazione all'attribuzione di un riconoscimento economico per dirigenti e dipendenti, quale mezzo per garantire il rispetto del principio del merito, corollario dei principi del buon andamento e dell'imparzialità. Si tratta di una dimensione interna al complessivo sistema, un mezzo – sebbene talvolta inteso come un fine¹⁷ – per la distribuzione della retribuzione e delle opportunità di carriera; tuttavia non assume la centralità che sovente gli è stata attribuita, soprattutto per il ruolo assorbente ricoperto nell'attenzione del legislatore, il quale ha invece trascurato di regolare aspetti importanti della valutazione nella sua dimensione generale. La valutazione come strumento di efficienza per distribuire premi e progressioni, nonché, correlatamente, sanzioni, ovvero per gestire il personale secondo i criteri del merito, si configura come un tassello in cui si articola il sistema di valutazione nel collegamento con il profilo del contratto individuale di lavoro con riguardo, soprattutto, alla disciplina della retribuzione¹⁸, in relazione con le norme dei contratti collettivi, nazionali e

¹⁷ Così MATTARELLA, *op. cit.* Sulla “falsa convinzione (...) per cui l'espletamento di attività di valutazione nelle pubbliche amministrazioni dovrebbe attuare un principio di meritocrazia nella gestione del pubblico impiego, che andrebbe a sua volta tradotto nella determinazione di premi o irrogazione di sanzioni” si rinvia alle osservazioni critiche di D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione “performante”: storia di paradossi in materia di pubblico impiego*, in *RGL*, 2018, I, pp. 491-492.

¹⁸ Per l'analisi di questi aspetti si rinvia in particolare, da ultimo, a: LO FARO, *Premiare stanca. La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, Collective Volumes*, 2019, n. 8, p. 174 ss.; G. RICCI, CUTTONE, *Valutazione e premi*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 808 ss.; MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 370 ss. Per la ricostruzione critica della prassi della valutazione con riguardo in particolare alla disciplina dei contratti collettivi e per la riflessione sui rapporti tra *performance* individuali e *performance* di struttura v. AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della p.a.*, Jovene, 2017. Da un diverso profilo disciplinare, tra i molti: RUFFINI, *I sistemi di retribuzione variabile nella pubblica amministrazione tra norma e prassi*, in *RGL*, Quad. n. 4, 2019, p. 133 ss.; MASTROGIUSEPPE, *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e in-*

integrativi, ora tornate rilevanti¹⁹. Un collegamento che peraltro delinea un significativo rapporto tra la regolazione delle differenziazioni premiali e il sistema complessivo della valutazione nei suoi aspetti generali, concernenti la dimensione, strettamente connessa, del contesto organizzativo²⁰.

2. *Le aporie della regolazione precedente la riforma Madia*

Al ruolo ricoperto dal sistema di valutazione nel modello costruito dal legislatore nelle due prime fasi del percorso di riforma (1993-1998) non corrisponde una regolazione adeguata a realizzare il progetto, così come al ruolo attribuito alla dirigenza non si accompagna una disciplina capace di guidare in modo adeguato la “rivoluzione culturale” che si prefigurava. Peraltro l’evolversi delle vicende politiche e sindacali ma non solo²¹ non hanno consentito di porre rimedio alle lacune e ai limiti di una normativa che scontava il carattere particolarmente innovativo della riforma; e se per la dirigenza il quadro regolativo si complica con l’intervento “in controtendenza” della legge n.145/2002, per quanto riguarda la valutazione i difetti che connotano la disciplina degli

terna, in DELL’ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Il Mulino, 2017, p. 183 ss.

¹⁹ Al riguardo si rinvia a DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, a cura di, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 29 ss.

²⁰ È un nesso che appare evidente se, con riferimento alle tesi sulla configurazione strutturale del contratto di lavoro posto alla base della disciplina del lavoro pubblico e privato, si fa riferimento all’orientamento dottrinale “che assume lo schema concettuale di matrice civilistica preesistente alla legislazione sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico come lo schema ancora attuale per ricavarne i principi necessari ad armonizzare le regole speciali con lo schema concettuale”, ma tenendo altresì conto “della funzione organizzativa, oltre che di scambio, nella quale assumono rilevanza gli interessi che la specifica organizzazione vuole o, per la pubblica amministrazione, deve perseguire”. Ci si riferisce, da ultimo, all’analisi condotta da L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., da cui si traggono importanti spunti di riflessione (e da cui la citazione); per una diversa interpretazione: BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico critico*, Cacucci, 2018.

²¹ Una serie di eventi, che hanno determinato il venir meno del clima di positiva sinergia tra accademici, politici e sindacalisti in cui si era costruita la seconda fase della riforma, le divisioni sindacali, nonché, e in primo luogo, l’omicidio di Massimo D’Antona, hanno impedito di portare a termine, perfezionandolo e completandolo, il progetto iniziale, in particolare con riguardo alla disciplina della dirigenza. Al lascito delle due prime fasi della riforma fanno così seguito una serie di provvedimenti in controtendenza e sovente tra loro contraddittori.

organismi e delle procedure di controllo interno disposta dal d.lgs. 30 luglio 1999 n.286, giudicata inadeguata e autoreferenziale²², non vengono corretti.

In questo contesto la riforma del 2009 interviene costruendo un quadro regolativo che, mentre si propone di dare rilievo, privilegiando un'ottica aziendalistica, sia al sistema di valutazione, sia alla figura del dirigente, dà luogo a contraddizioni che causano il sostanziale fallimento dell'intero progetto²³. Per quanto concerne il sistema di valutazione, in sintesi può dirsi che la riforma Brunetta dedica ad esso grande attenzione soprattutto quale strumento per distribuire premi e sanzioni, con una procedura particolarmente rigida e complessa, trascurando invece quelli che sono i nodi essenziali e centrali in una visione generale del ruolo che la valutazione dovrebbe ricoprire: sottovaluta le responsabilità del vertice politico, non attribuisce rilievo alla valutazione esterna, si occupa poco e male della valutazione della dirigenza e delle sue responsabilità, sia nell'ottica funzionale, sia in quella patologica²⁴.

La strada scelta dal legislatore del 2009 è quella di garantire il controllo sulle attività tramite l'iper-regolazione²⁵: mentre disciplina in modo 'sovrabondante' il sistema di misurazione e valutazione della *performance*, attribuendogli grande rilievo, anche sul piano mediatico, contemporaneamente ingabbia il dirigente, protagonista principale di quel sistema, togliendogli gran parte dell'autonomia gestionale nelle scelte, condizionate da puntuali indicazioni legislative. In particolare: risolve il problema delle sue (in)capacità negoziali nel confronto con le rappresentanze sindacali ridimensionando fortemente il ruolo del contratto collettivo; regola in modo inadeguato e con-

²² Per una analisi critica del decreto d.lgs. n. 286/1999 sul "Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche", in parte peraltro ancora vigente, v. in particolare, tra gli altri, SANTUCCI, *op. cit.*, sul punto p. 84 ss.

²³ Le analisi critiche della dottrina al riguardo sono troppo numerose per poter essere qui richiamate.

²⁴ Un errore con gravi ripercussioni sull'efficienza del sistema, come molti studi sulla dirigenza pubblica evidenziano.

²⁵ Per questo aspetto si rinvia alle considerazioni svolte in BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. III, sez.VII, Jovene, 2011, pp. 1541 ss. Da ultimo v. l'analisi critica di PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro*, in questa rivista, Quad. n. 2, 2016, p.107 ss.

fuso la responsabilità dirigenziale, mentre rafforza la responsabilità disciplinare dei dirigenti; utilizza per la dirigenza la retribuzione accessoria in funzione (anche) sanzionatoria. Si tratta di una scelta che, confidando nella capacità dei vincoli legali di conformare effettivamente i comportamenti organizzativi e gestionali dei dirigenti, contraddice il rilievo attribuito alla valutazione, implicitamente ammettendo la sfiducia nella capacità di realizzare un efficiente apparato di verifica.

In altri termini, la riforma Brunetta intende seguire i principi e i modelli delle scienze aziendalistiche nella costruzione del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, prefigurando una figura di dirigente di stampo privatistico, poi delinea una disciplina della dirigenza basata tutta su obblighi puntualmente legificati e su sanzioni, ovvero su un'ottica di mero adempimento che contraddice i principi della gestione manageriale che proclama di adottare²⁶.

Le ripercussioni sono evidenti nel rapporto tra vertice politico e dirigenza, caratterizzato, da un lato, da valutazioni sempre positive, a prescindere da ogni reale verifica sui risultati soprattutto dell'organizzazione di cui il dirigente è responsabile, che garantiscono l'attribuzione della retribuzione di risultato al massimo livello, dall'altro, dal controllo politico sulla scelta dei dirigenti per l'attribuzione degli incarichi, basato più sulla fedeltà che sulle capacità manageriali. Si tratta del sodalizio – da molti denunciato – tra la politica che rinuncia a governare definendo programmi competitivi e la dirigenza che approfitta della situazione di stasi dei sistemi di valutazione per paralizzare i circuiti di responsabilità, non assolvendo ai propri compiti di valutazione dei dipendenti.

In merito alle conseguenze della valutazione negativa della dirigenza sull'attribuzione degli incarichi è significativo il fatto che, stando all'esperienza del Comitato dei Garanti²⁷, non si siano presentate occasioni per esercitare le

²⁶ Per quanto concerne la contraddizione che si registra nella disciplina dei rapporti tra dirigenza e sindacati, si è osservato che “da un lato si continua a chiedere al dirigente di operare come nel privato, dove chi esercita il potere direttivo sceglie in autonomia le modalità attraverso cui perseguire gli obiettivi prefissati, e, dall'altro, gli si nega a priori la possibilità di instaurare rapporti con le organizzazioni sindacali che possano concludersi con un accordo su una pluralità di materie”; e che la riforma Madia non ha risolto il problema. Così SARACINI, *Organizzazione, gestione e valutazione nella riforma Madia*, in *RGL*, Quad. n. 4, 2019, p. 32.

²⁷ Così si legge nel testo depositato dal Presidente del Comitato dei Garanti, Vittorio Zambrano, e condiviso dai componenti del Comitato, a supporto dell'audizione, nell'ottobre 2014, sul d.d.l. n. 1577 da cui deriverà la legge delega 124/2015.

funzioni con riguardo all'attivazione di procedimenti di responsabilità dirigenziale. Peraltro, dalle non numerose sentenze in materia emergono gravi responsabilità dei vertici politici con riguardo alla definizione degli obiettivi, sovente tardiva²⁸ e inadeguata, nonché il rapporto problematico tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare, conseguenza della inidonea regolamentazione contenuta nell'art. 21 del d.lgs. 165/2001.

In sintesi, si osserva come la riforma del 2009 non presti attenzione adeguata alla regolazione dei soggetti della valutazione, e in particolare alla garanzia di indipendenza e competenza dei valutatori, alla valutazione della dirigenza, al legame tra la valutazione individuale e quella dell'organizzazione che fa capo al dirigente, ai compiti e alla responsabilità dei vertici politici. Si tratta di profili di criticità che depotenziano il ruolo ricoperto dalla dirigenza, resa debole e condizionata dalla politica come conseguenza di un sistema regolativo che riduce la sua autonomia e responsabilità e di un sistema di valutazione che non considera il rilievo della qualità e della tempestività dell'elaborazione degli obiettivi e delle direttive, ovvero della responsabilità dei vertici politici. Mentre nella legislazione del 1993-1998 la valutazione aveva una funzione importante, ma una insufficiente regolamentazione, con la riforma del 2009 la sua regolazione diviene sovrabbondante, ma tale da far perdere al sistema, nella dimensione applicativa, il ruolo centrale che dovrebbe ricoprire, riducendolo a meri complessi di adempimenti di stampo burocratico: si controlla l'adempimento, non la qualità effettiva degli obiettivi, della *performance*, dei valutatori, ci si preoccupa del se, non del come²⁹.

3. *Le modifiche introdotte dalla riforma del 2017*

Considerate le criticità delle scelte regolative effettuate dal legislatore del 2009 in materia di valutazione, nonché i risultati insoddisfacenti prodotti,

²⁸ V. Cass. 12 aprile 2017 n. 9392, e il commento MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione*, in questa rivista, 2019, p. 103 ss.

²⁹ Cfr. DELLA ROCCA, PONZELLINI, *I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?*, in questa rivista, 2018, p. 165 ss. Per questi motivi i propositi sono rimasti a livello di annuncio: gli insuccessi della riforma non possono infatti essere attribuiti per intero al blocco della contrattazione collettiva che ha ostacolato l'applicazione delle regole sulla valutazione ai fini del riconoscimento economico (v. d.lgs. 141/2011), perché queste non potevano incidere in modo determinante sul funzionamento del sistema complessivo.

la riflessione sulla riforma Madia – che si poneva l’obiettivo non di riscrivere o stravolgere l’assetto vigente, ma solo di migliorarlo con modifiche e integrazioni – non può che incentrarsi sulla risposta alla domanda se essa offra soluzioni appaganti rispetto alle esigenze e alle aspettative.

In premessa va ricordato come il d.lgs. 74/2017, che attua la delega per la riforma del sistema di valutazione di cui all’art. 17, co. 1, lett. r) L. 124/2015, intervenga in un contesto normativo già modificato da provvedimenti legislativi che non hanno migliorato la situazione³⁰, determinando complicazioni e sovrapposizioni (v. le disposizioni in materia di trasparenza e di anticorruzione), difficoltà di coordinamento (v. il rapporto con il sistema del bilancio), accentuazione della centralizzazione e dell’ingerenza politica (v. l’attribuzione del ruolo di supervisore in materia di valutazione al Dipartimento della Funzione pubblica)³¹. Da registrare positivamente è invece la riapertura del dialogo con le organizzazioni sindacali, che porta all’intesa governo-sindacati sul lavoro pubblico del 30 novembre 2016, avente ad oggetto anche temi riguardanti il sistema di valutazione; e la sentenza della Corte Costituzionale n. 178/2015, riaprendo le porte alla contrattazione collettiva, dà concreto spazio di intervento alla ricostruzione di un nuovo rapporto legge-contratto collettivo, delineato poi dal legislatore delegato nel 2017.

Per quanto concerne il merito della riforma del sistema di valutazione, occorre innanzitutto evidenziare come già le scelte compiute nella legge delega avessero suscitato perplessità; è parsa in particolare discutibile la decisione di espungere le direttive sulla valutazione della dirigenza dalla disposizione di delega a questa relativa (art. 11 l. 124/2015), inserendo tutte le prescrizioni “in materia di valutazione dei dipendenti pubblici”, senza alcuna differenziazione, nella disposizione contenuta al co. 1, lett. r) dell’art. 17, ove si tracciano le linee guida per il riordino del lavoro alle dipendenze della PA. Non si tiene dunque conto del fatto che la valutazione della dirigenza richiede una disciplina specifica: così vengono a mancare direttive importanti per la soluzione di criticità emerse in particolare nelle correlazioni con la sfera politica³². Ne consegue peraltro che i limiti del sistema di valutazione per questi

³⁰ Per l’analisi critica di tali interventi normativi v. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 97 ss. In particolare sui compiti attribuiti e svolti dal Dipartimento della funzione pubblica v. AVIO, *op. cit.*, pp. 54-55.

³¹ Dal d.l. 24.6.2014 n. 90 (conv. in l. 114/2014), art. 19, co. 9 e 10, scaturisce il d.P.R. 9.5.2016 n. 105 che regola il ruolo del Dipartimento della Funzione pubblica e disciplina *ex novo* gli OIV, rinviando poi al decreto delegato. Si noti che il d.P.R. esce dopo l’emanazione della legge delega 124/2015, la quale richiama alcuni degli obiettivi della legge 114/2014.

³² Per questa critica si rinvia a BORGOGELLI, *La fatica di sisifo: la ricerca delle regole sulla va-*

aspetti non possano ora essere ricondotti alla mancata attuazione della delega sulla dirigenza, conseguente all'intervento censorio della Corte Costituzionale sulla legge delega (Corte Cost. 25 novembre 2016 n.25).

Venendo ai contenuti della vigente regolazione della materia dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 74/2017, qui si intendono mettere in evidenza alcuni limiti – in termini di contraddizioni e lacune – che conducono ad affermare l'inadeguatezza anche di questa ultima riforma, in rapporto alle esigenze che si erano prospettate, facendo riferimento ai rilievi critici contenuti nelle numerose, puntuali analisi esegetiche, di carattere interdisciplinare³³.

Sul piano generale si osserva come non venga sciolto il nodo critico

lutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica, in RGL, 2015, I, p.538 ss.V., il rilievo delle conseguenti difficoltà di coordinamento, Cons.St., parere n. 2113/2016. Sulla riforma mancata, con riguardo anche ai legami con la valutazione: SANTUCCI, *op. cit.*, p. 65 ss., NICOSIA, *Valutazione e responsabilità dei dirigenti pubblici: le norme interrotte e l'attesa del legislatore che verrà*, in LPA, 2016, p. 113 ss., BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in LPA, 2017, p. 46 ss., D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza pubblica*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, 2017, p. 441 ss., A. ZOPPOLI, *op. cit.*, BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in RGL, Quad. n. 4, 2019, p. 39 ss.

³³ Per un'indicazione che non può essere esaustiva, si fa riferimento a: D'ALTERIO, *La valutazione delle performances nelle pubbliche amministrazioni: stato dell'arte e nodi ancora da sciogliere*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective Volumes*, 2019, n. 9, p. 157 ss.; EAD., *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione "performante": storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, cit., p. 486 ss.; EAD., *Il lungo cammino della valutazione nelle pubbliche amministrazioni*, in GDA, 2017, p. 570 ss.); D'AURIA, *La valutazione del personale*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, F. Angeli, 2019, 123 ss.; D'ARCANGELO, *La valutazione del dipendente*, CASILLO, *La valutazione del personale non dirigente*, MONDA, *La valutazione del personale dirigente*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, risp. p. 762 ss., p. 778 ss., p. 792 ss.; MONDA, *La valutazione delle performance*, cit.; GABRIELE, *La misurazione e la valutazione della performance nelle PA tra snodi irrisolti e incoerenze del sistema*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la "Riforma Madia"*, Cedam, 2018, p.127 ss.; LAFORGIA, *La valutazione della performance*, in AA.VV., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018; LOVO, *La valutazione dei dipendenti pubblici: novità della "Riforma Madia" e questioni aperte*, in LPA, 2018, p. 111 ss.; AVIO, *op. cit.* Da altri profili disciplinari v.: VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in RGL, Quad. n. 4, 2019, p. 77 ss.; RUFFINI, *Il sistema di misurazione e valutazione delle performance. Le modifiche al d.lgs. n. 150/2009*, in BIANCO, BOSCATI, RUFFINI (a cura di), *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Maggioli, 2017, p. 159 ss.; MASTROGIUSEPPE, *Pubblica amministrazione tra valutazione esterna e interna*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, 2017, p.183 ss.; DELLA ROCCA, PONZELLINI, *op. cit.*

del coordinamento tra il ciclo della programmazione del bilancio e il ciclo della *performance*: vengono fatti alcuni passi avanti, ma ritenuti insufficienti³⁴. Se è infatti positiva la maggiore attenzione alla dinamica temporale e al collegamento con gli organi di controllo interno, continua a non trovare soluzione adeguata il problema “dell’assenza di sinergia, pur predicata dalle norme, tra ciclo della performance e ciclo del bilancio”, che ha generato “moltiplicazione e duplicazione degli adempimenti”³⁵: la prevista progressiva integrazione del ciclo della performance e del ciclo di programmazione economico finanziaria non può dirsi realizzata in modo soddisfacente.

Per quanto concerne gli obiettivi, è positiva l’introduzione di una divisione tra obiettivi generali e obiettivi specifici³⁶, ma si resta su un piano di astratta genericità: infatti, nella previsione di nuove tipologie di obiettivi, per quelli generali si registra una eccessiva complessità, per quelli specifici propri di ogni singola amministrazione si ribadiscono regole che la prassi ha dimostrato non funzionali³⁷. In particolare, per quanto concerne la nuova disciplina degli obiettivi generali, a cui devono adeguarsi le singole PA nel definire gli obiettivi specifici, si apprezza l’attribuzione di maggiore forza e rilievo all’attività di indirizzo a livello nazionale, ma si pongono problemi di attuazione e di coordinamento non semplici da risolvere. Infatti, all’attenzione posta sull’efficacia dei programmi di intervento rispetto ai bisogni della collettività da soddisfare non si accompagna una adeguata consapevolezza delle complessità derivanti dal livello multidimensionale e dalle specificità tecniche richieste: restano dunque le difficoltà del passato nel prospettare pratiche chiare, comprensibili e comparabili³⁸.

Per quanto concerne i soggetti della valutazione³⁹ novità importanti sono introdotte con riguardo agli Organismi interni di valutazione (OIV), rafforzandone e ampliandone compiti e poteri (art. 14, co. 4, *4bis*, *4ter*, d.lgs.

³⁴ Si rinvia in particolare all’analisi e ai rilievi critici di D’AURIA, *op. cit.*, *passim*; v. altresì RUFFINI, *op. cit.*, p. 159 ss.

³⁵ Così D’AURIA, *op. cit.*, p. 127.

³⁶ V. il nuovo art. 5, co.1, d.lgs. 150/2009, da leggere in collegamento con l’art. 8, d.lgs. 150/2009.

³⁷ V. in particolare RUFFINI, *op. cit.*, pp. 154/155.

³⁸ V. RUFFINI, *ibidem*.

³⁹ Per una puntuale analisi critica si rinvia in particolare a NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 329 ss.

150/2009)⁴⁰. Si confermano altresì nella sostanza le nuove regole sulla procedura per la loro nomina introdotte dall'art.6, d.P.R. 105/2016, in attuazione del d.l. 90/2014 n. (conv. in l. 114/2014). Anche in questo caso peraltro si devono rilevare aspetti critici significativi.

Gli OIV acquisiscono un ruolo cardine nella gestione dei processi valutativi: hanno ora incisivi poteri di proposta e di controllo, nonché nuovi compiti di responsabilità, accompagnati da strumenti di accesso e ispettivi. In particolare è significativa l'attribuzione della titolarità del monitoraggio della *performance*, prima in capo agli organi di indirizzo⁴¹: si è osservato come il fatto che la validazione dei piani della *performance* e il controllo sulla loro applicazione fossero attribuiti all'autorità politica determinasse tra politici e dirigenti una reciproca convenienza ad attestare la migliore *performance*, i primi per apparire efficienti, i secondi per avere i benefici economici per sé e per i dipendenti, garantendosi così anche buone relazioni sindacali. È dunque un cambiamento rilevante, perché il mutamento del soggetto titolare dell'attività di monitoraggio dà coerenza logica allo svolgimento del ciclo della *performance*: sono gli OIV il cardine intorno cui ruota l'intero sistema. Si è osservato altresì come ne consegua un cambiamento anche della natura del monitoraggio, "perché da strumento di controllo gestionale passa a strumento di controllo esterno e di valutazione e rendicontazione all'esterno"⁴². Infatti in precedenza il sistema di misurazione e valutazione era uno specifico provvedimento organizzativo della PA, rispetto al quale gli OIV avevano solo l'obbligo di verificarne il concreto rispetto, ora invece devono dare parere vincolante per l'adozione e l'aggiornamento del sistema, con netto incremento di poteri e autonomia al fine di favorire lo sviluppo del sistema più adeguato per la PA⁴³.

Si registrano però anche note critiche rispetto alle conseguenze di questa novità. Si osserva come le scelte del legislatore "che attribuiscono all'OIV

⁴⁰ Per la ricostruzione e l'analisi della nuova disciplina degli OIV v. in particolare: GABRIELE, *op. cit.*, p. 131 ss.; LOVO, *op. cit.*, p. 111 ss.; RUFFINI, *op. cit.*, p. 155 ss.; D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 768 ss.

⁴¹ RUFFINI, *op. cit.*, p. 155 sottolinea la rilevanza del cambiamento, perché il mutamento del soggetto titolare dell'attività di monitoraggio – dagli organi di indirizzo agli OIV – dà coerenza logica allo svolgimento del ciclo della *performance*, essendo loro il cardine intorno cui ruota l'intero sistema.

⁴² Così RUFFINI, *op. cit.*, p. 155: ai sensi dell'art. 14, c. 4, lett. c) l'attività di monitoraggio esercitata dagli OIV dovrà essere la base di riferimento anche per la validazione della relazione sulla *performance* che dovrà essere facilmente leggibile e pubblicata nel sito dell'ente.

⁴³ RUFFINI, *op. cit.*, p. 157.

compiti prima spettanti all'organo politico non aprano scenari di particolare virtù sistemico/organizzativa, posto che deresponsabilizzano i vertici delle amministrazioni rispetto all'importante attività di programmazione e definizione delle traiettorie di sviluppo da assegnare agli apparati di appartenenza"⁴⁴. Si rileva altresì che “la norma attribuisce oggi all'OIV il compito di un monitoraggio ‘anfibo’ – metà controllo e metà promozione para-politica degli obiettivi e degli strumenti per raggiungerli – con la possibilità di un'ingerenza nel potere di indirizzo proprio degli organi politici, e con il rischio di una non auspicabile commistione tra soggetti e funzioni”⁴⁵.

Un limite grave comunque inficia queste innovazioni: la mancanza di autonomia degli OIV, oltre che alla garanzia della loro effettiva competenza. La scelta degli OIV, per quanto ora avvenga tra i componenti di un “Elenco nazionale”, continua a dipendere dall'organo di indirizzo politico-amministrativo, il che non assicura ancora pienamente l'indipendenza e dunque l'imparziale esercizio delle funzioni. Il fatto che si assegnino loro compiti prima attribuiti al vertice politico non basta a garantire la terzietà del sistema di valutazione, se il potere della loro nomina è attribuito al medesimo vertice politico, poiché il meccanismo di controllo e di condizionamento degli OIV potrebbe così configurarsi solo più indiretto e meno trasparente. Ad esempio, è previsto il parere dell'OIV sul sistema di valutazione, ma se l'organo politico che adotta tale sistema ha nominato l'OIV il giudizio di questo potrebbe esserne condizionato: non viene assicurata l'indipendenza del controllore.

La questione dell'autonomia e indipendenza dei valutatori è tuttavia assai complessa⁴⁶, intrecciandosi altresì con quella della loro competenza, anch'essa di non facile soluzione. Nel disegno di legge che ha dato origine alla delega (A.S. n. 1577/2014) era affermato il principio della garanzia dell'autonomia dei valutatori, espunto poi nel corso dei lavori parlamentari, lasciando mano libera al legislatore delegato. Peraltro la laconicità del criterio non dava indicazioni né su come si intendesse garantire l'indipendenza degli OIV, né sulle possibili ripercussioni sul sistema di una nomina dall'esterno⁴⁷. Il tema si lega con quello della competenza, perché la complessità dei compiti richiede una

⁴⁴ Così NICOSIA, *I soggetti della valutazione*, cit., p. 335.

⁴⁵ Così LAFORGIA, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁶ Gli OIV dovrebbero essere indipendenti, ma non alieni rispetto ai contesti: v. in particolare le riflessioni di VECCHI e LOVO.

⁴⁷ Per i commenti al riguardo v. BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo*, cit., p. 540 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

particolare ed elevata professionalità, ma anche la conoscenza della realtà in cui si opera in modo così penetrante e incisivo: ovvero è necessario superare le situazioni, che sovente si presentano, “in cui gli OIV si caratterizzano per essere alieni alle organizzazioni, oppure per una condizione di subalternità ai contesti”⁴⁸. Considerando complessivamente le competenze acquisite dagli OIV nella vigente disciplina, certamente è necessario che essi “siano in grado di sviluppare una forte interazione con il contesto interno per limitare le asimmetrie informative, stimolando nello stesso tempo il confronto con l'esterno e la ricerca di buone pratiche: una sorta di ‘intelligence’ del ciclo della performance per stimolare un uso appropriato di questa tecnica”⁴⁹. Tuttavia i criteri per l'iscrizione all'Elenco nazionale degli OIV, condizione necessaria per poter partecipare alle procedure comparative di nomina, definiti nel decreto del 2 dicembre 2016⁵⁰, non sembrano garantire pienamente esiti soddisfacenti in termini di competenza, anche perché attribuiscono un peso preponderante all'esperienza pregressa come valutatori, la quale, come molte ricerche hanno evidenziato, non è risultata sempre soddisfacente.

Peraltro è l'indipendenza di tutto il sistema a non essere garantita, poiché la sua regia complessiva è affidata al Dipartimento della Funzione pubblica: viene infatti confermato il passaggio a questo dei compiti inizialmente attribuiti alla CIVIT, e successivamente all'ANAC, disposto dalla l. 114/2014 e attuato dal d.P.R. 105/2016. Sono evidenti le conseguenze sulla configurazione del processo di valutazione del fatto che al vertice del sistema e di tutte le sue ramificazioni sia collocato un regista non certo indipendente. Infatti, non solo il coordinamento degli OIV fa capo alla Funzione pubblica, ma tutti i percorsi di misurazione e valutazione devono essere coerenti con gli indirizzi tecnico-metodologici che darà il Dipartimento della Funzione pubblica, al quale spettano poteri di raccordo e sovradirezione che connotano il sistema in senso centralistico, sollevando anche problemi di coordinamento con gli enti dotati di autonomia, e non consentono di tener conto delle specificità delle diverse PA⁵¹.

⁴⁸ VECCHI, *op. cit.*, p. 85, afferma che è “insufficiente e addirittura controproducente l'enfasi sulla valutazione intesa come accentuazione del controllo esterno, che tende nella sostanza a influenzare comportamenti tipici di una «burocrazia difensiva».

⁴⁹ VECCHI, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ Firmato dalla ministra Marianna Madia e pubblicato in G.U. n. 14 del 18 gennaio 2017.

⁵¹ Per la riflessione sull'indipendenza del sistema di valutazione v. NICOSIA, *I soggetti della valutazione*, cit., p. 3 48 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Per quanto concerne i dirigenti, come già previsto nella prima versione del d.lgs. 150/2009 essi sono indicati tra i soggetti a cui compete la funzione di valutazione della *performance* (art. 12 d.lgs. 150/2009): la novità riguarda la specificazione che la loro funzione si svolge in particolare nella valutazione della *performance* organizzativa e di quella individuale, mentre in precedenza c'era un mero generico richiamo ai compiti del dirigente ai sensi del d.lgs. 165/2001. Continua peraltro a non essere del tutto chiaro il procedimento di valutazione dei dirigenti non apicali; infatti, se per la dirigenza apicale si conferma il compito dell'OIV di proporre all'organo di indirizzo politico la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione dei premi, per l'altra dirigenza si tace. È certamente da presumere sia compito della dirigenza di vertice, ma è significativo che questo aspetto non venga regolato.

Certamente importante è il nuovo rilievo attribuito per i dirigenti alla valutazione dei comportamenti organizzativi⁵²: è da apprezzare che si crei un nesso tra valutazione individuale e organizzativa, evitando così che vi sia una valutazione individuale positiva del dirigente a fronte di una valutazione negativa della struttura organizzativa che a lui fa capo, come sinora è accaduto. Più in generale, si registra come una positiva novità il riconoscimento dell'importanza della dimensione organizzativa⁵³, anche se non sempre il legislatore sembra governare in modo consapevole e appropriato le molteplici implicazioni dell'inserimento di questo profilo nel sistema di valutazione. Non è peraltro qui possibile condurre un'analisi puntuale delle singole nuove disposizioni e dei problemi interpretativi che pongono; in particolare, per quanto concerne il rapporto tra *performance* individuale e organizzativa nella valutazione dei risultati interni ed esterni⁵⁴, oppure nell'interazione con il contratto di lavoro del dirigente, anche in ragione di alcune novità importanti, ma discutibili, nella delimitazione dei confini⁵⁵.

⁵² V. in particolare le modifiche introdotte all'art. 9, d.lgs. 150/2009. Sulla misurazione e valutazione della *performance* organizzativa v. le "Linee guida per la Relazione annuale sulla *performance*" emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica, Ufficio per la valutazione della *performance*, spec. pp. 9 e 10.

⁵³ Da tempo messa in rilievo e analizzata nelle sue complesse implicazioni dalla dottrina: v. A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Editoriale scientifica, 2000. Con riguardo specifico alla valutazione v.: MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappicheli, 2016; AVIO, *op. cit.*

⁵⁴ V. in particolare MONDA, *La valutazione del personale dirigente*, cit., p. 793 ss.

⁵⁵ Per la riflessione critica sulla peculiare novità introdotta – ma per i soli dirigenti apicali individuati dall'art. 19, co. 3 e 4, d.lgs. 165/2001 – dal nuovo co. 1bis dell'art. 9, d.lgs. n. 150/2009,

Profili problematici si riscontrano anche con riguardo al sistema sanzionatorio. Le conseguenze dell'omessa o ritardata adozione del Piano triennale e della Relazione annuale della *performance* sono disciplinate con modalità che conducono a punire solo i dirigenti anche nel caso in cui l'omissione o l'inerzia sia da imputare all'organo di indirizzo politico-amministrativo. È ciò che sembra doversi dedurre dalle modifiche introdotte dall'art. 8, co. 1, lett.e) d.lgs. 74/2017 all'art. 10, co. 5, d.lgs.150/200. Se la prima parte della disposizione – ove si vieta l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultino aver concorso alla mancata adozione del Piano della *performance* per omissione e inerzia nell'adempimento dei propri compiti, mentre all'amministrazione si vieta di assumere e conferire incarichi di consulenza o collaborazione – resta eguale, la seconda parte, aggiunta dal d.lgs.74, regola le conseguenze della mancata adozione del Piano o della Relazione dipendente da omissione o inerzia dell'organo di indirizzo politico amministrativo con modalità che suscitano molte perplessità. Si afferma infatti che in tal caso l'erogazione dei trattamenti e delle premialità di cui al Titolo III è fonte di responsabilità amministrativa del titolare dell'organo che ne ha dato disposizione e che ha concorso alla mancata adozione del Piano: poiché i premi li erogano i dirigenti, sembrano puniti solo loro e non i politici, e dunque resta l'irresponsabilità della politica⁵⁶.

Per la dirigenza si deve altresì considerare il dettato del comma *5bis* dell'art. 3, d.lgs. 150/2009, introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. c), d.lgs. 74/2017: la valutazione negativa, disciplinata nell'ambito del sistema di misurazione e valutazione della *performance*, rileva (anche) ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale. Questa disposizione potrebbe configurarsi come una (ragionevole) estensione degli esiti del procedimento di valutazione per l'accertamento di tutte le fattispecie di responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 d.lgs. 165/01, ma il d.lgs. 75/2017 non ha modificato tale disposizione nella parte in cui sembra riferire le risultanze del sistema di valutazione solo alla responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi.

Certamente una novità positiva e importante è la previsione della partecipazione della collettività alle attività di valutazione (art.19*bis*, nonché art.8, co.1, lett. e), art. 14, co. 4 *bis*). In precedenza i piani della *performance* e gli indi-

che implica una riconsiderazione del ruolo del contratto individuale nella definizione degli obiettivi v. MONDA, *La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione*, cit.

⁵⁶ Per le perplessità espresse dalla dottrina si rinvia alle analisi di D' ALTERIO; v. altresì GABRIELE, *op. cit.*

catori riguardavano solo i processi lavorativi e amministrativi interni, senza dare rilievo alla quantità e qualità dei risultati, ovvero al prodotto “esterno”; ora invece i cittadini, anche in forma associata, nonché – e anche questa è una novità significativa – gli utenti interni alle amministrazioni, acquisiscono un diritto di partecipazione al processo di misurazione della *performance* organizzativa. Si attende di verificare la traduzione in concreto delle disposizioni in materia e dunque il giudizio resta sospeso, perché molto dipenderà dalle modalità di attuazione⁵⁷; peraltro, se da un lato c’è il timore che tutto si risolva in meri adempimenti burocratici, dall’altro lato particolare attenzione va rivolta alla “valutazione partecipativa”, ora oggetto delle “Linee guida sulla valutazione partecipativa nelle amministrazioni pubbliche” emanate dal Dipartimento della Funzione pubblica (n. 4, novembre 2019), per sue implicazioni, quale parte costitutiva del procedimento di valutazione della *performance* organizzativa o di ente, ma anche per i rischi di strumentalizzazione dei dati⁵⁸.

Anche per quanto concerne l’importanza del ruolo della contrattazione collettiva, ora (nuovamente) riconosciuta dal d.lgs. 75/2017, per quanto riguarda il personale non dirigente il giudizio positivo della modifica alla riforma Brunetta attende la conferma dell’implementazione, considerata la cautela dimostrata nei rinnovi dei contratti collettivi nel 2018⁵⁹. Ciò può dirsi altresì per quanto riguarda i contratti collettivi della dirigenza al momento sottoscritti, ovvero⁶⁰ per l’ipotesi di CCNL relativo all’area Funzioni centrali per il triennio 2016–2018, siglata il 9 ottobre 2019: sono oggetto di confronto (art. 5) i criteri dei sistemi di valutazione della *performance* dei dirigenti, oltre che le procedure e i criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali con riferimento ai risultati conseguiti in precedenza e alla relativa valutazione

⁵⁷ Sul punto v. in particolare BALDASSARRE, *Customer Satisfaction e riforme del lavoro pubblico*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 356 ss. Peraltro si è rilevato come la *customer satisfaction*, per quanto “un po’ alleggerita rispetto alla stagione delle carte di servizio” appaia “configurata come un adempimento burocratico”: L. ZOPPOLI, *Perché una quarta riforma*, cit., p. 13.

⁵⁸ V. D’ALESSIO, L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi della legge n. 124*, in www.astridonline.it, 27 marzo 2017.

⁵⁹ V. in particolare: DELFINO, *op. cit.*; BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia. I rinnovi contrattuali*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la “Riforma Madia”*, Cedam, 2018, p. 157 ss.

⁶⁰ Non si prende qui in esame la puntuale regolazione della valutazione della dirigenza contenuta nel CCNL dell’area sanità siglato il 24 luglio 2019, considerate le peculiarità delle fonti regolative del settore.

di *performance* individuale (art. 41). Per quanto concerne la differenziazione della retribuzione di risultato, “la cui finalità è la remunerazione della *performance* individuale”, questa sarà attribuita sulla base dei diversi livelli di valutazione conseguiti da dirigenti e professionisti, fermo restando che la sua erogazione può avvenire, *ex lege*, solo previo conseguimento di una valutazione positiva (art. 27).

In sintesi, nel d.lgs. 74/2017 si riscontrano alcune positive modifiche e integrazioni della disciplina previgente; in specie il rafforzamento degli OIV, il maggior peso attribuito alla *performance* organizzativa per valutare i dirigenti, l’attenzione per la qualità dei servizi, il ruolo riconosciuto nuovamente alla contrattazione collettiva. Tuttavia, anche dopo l’intervento del d.lgs. n. 74 continua a riscontrarsi in negativo: il permanere del carattere di iperegolazione; l’assenza di una definizione di responsabilità per inidonea, tardiva formulazione di obiettivi e indicatori, ovvero di responsabilizzazione dei vertici politici nel processo di programmazione e di valutazione; una disciplina della valutazione della dirigenza inadeguata a sostenerne professionalità e autonomia rispetto al vertice politico; l’insufficiente rilievo attribuito alla valutazione esterna; la non garantita terzietà e competenza dei valutatori, nonché l’attribuzione della regia del sistema a un organo non imparziale quale la Funzione pubblica.

Se ci si rapporta alla riflessione svolta sul processo di misurazione e valutazione della *performance*, che ha dato rilievo centrale alla finalità ‘generale’ di verificare e garantire che il sistema complessivo risponda ai parametri di cui all’art. 97 Cost., coinvolgendo nel controllo sia la sfera politica sia l’apparato amministrativo, non sembra affatto che le esigenze di riforma, rilevate dalla dottrina ed evidenziate nella prassi applicativa, siano state soddisfatte. Si è detto che se per la dirigenza si dovrebbe trattare di verificare la qualità della gestione delle risorse strumentali e umane secondo gli indirizzi e gli obiettivi politico-strategici dettati dal vertice politico, per valutare le scelte di gestione e di spesa e far valere le responsabilità, è tuttavia determinante anche il controllo sul vertice politico, al fine di garantire che questo, nel formulare gli indirizzi e gli obiettivi sull’uso delle risorse, sia vincolato al rispetto di metodi e parametri oggettivi. Infatti solo così è possibile poi verificare correttamente l’attuazione degli indirizzi impartiti dai vertici politici e far valere le responsabilità dei dirigenti, a partire dagli apicali, e di seguito dei non dirigenti. Si è rilevata altresì l’importanza del ruolo che in tale processo ricopre il controllo esterno sul sistema da parte di soggetti indipendenti,

quale “sostituto del mercato”. Non sembra si possa dire che questo modello regolativo sia ora, neppure dopo la riforma Madia, attuato.

Se dunque, pur registrando aspetti positivi, il bilancio non è soddisfacente, occorre chiedersi se può essere sufficiente un mero ulteriore intervento di modifiche e integrazioni, come sembra(va) prefigurare anche il disegno di legge Bongiorno, oppure se sia necessario compiere scelte più radicali.

4. Osservazioni sul futuro

La quinta riforma del lavoro pubblico, prospettata dal disegno delega n.1122 presentato in Senato nel marzo 2019, è stata fermata dal cambio di Governo e maggioranza. Poiché al momento non risultano nuove iniziative al riguardo, ci si limita a qualche osservazione generale sul metodo di intervento sotteso al disegno di legge Bongiorno con riferimento alla “Delega per favorire il merito e la premialità” (art. 3), la quale appare significativa – in negativo a parere di chi scrive – sia per la continuità in un approccio regolativo criticabile, sia per la conferma di lacune e confusioni a cui si aggiunge qualche discutibile novità.

Innanzitutto, si intende continuare nell’introduzione di disposizioni che sostituiscono quelle vigenti con norme analoghe, creando complicazioni e sovrapposizioni, anziché preoccuparsi dell’attuazione di quelle esistenti. Si veda ad esempio la direttiva per il coinvolgimento degli utenti (art. 3, co. 2, lett. a) e a) 2, d.d.l. n. 1122), già previsto dall’art. 19 *bis*, d.lgs. 150/2009, relativo alla “Partecipazione dei cittadini e degli altri utenti finali” (introdotto dall’art.13, d.lgs. 74/2017): il problema ora dovrebbe essere non il se, ma il come. Alcune inutili ripetizioni si riscontrano anche con riferimento agli obblighi di informazione e alle conseguenze della non adeguata e non corretta gestione del ciclo della *performance*. Ancora, la previsione dell’istituzione di un “Sistema nazionale di valutazione della performance”, coordinato dal Dipartimento della Funzione pubblica, al fine di individuare e condividere “buone pratiche in materia di gestione del ciclo della performance” (art. 3, co. 2, lett. a) 1), rischia di determinare una inutile duplicazione con la “Rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche” di cui all’art.7, d.P.R. n. 105/2016⁶¹.

⁶¹ Tali critiche, condivisibili, in D’ALTERIO, *La valutazione delle performances nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 170.

Alcune novità suscitano interrogativi e perplessità. Così può dirsi per la direttiva (art. 3, co. 2 lett. a) 3) in ordine all'utilizzo di soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione, in possesso di una comprovata competenza in materia di organizzazione amministrativa e gestione delle risorse umane, con funzioni di supporto: nel processo di elaborazione degli obiettivi sia dell'amministrazione sia dei dirigenti, per verificarne qualità, coerenza e significatività; nella fase di accertamento del loro conseguimento; nella valutazione delle competenze del personale, dirigenziale e non; nella valutazione dell'efficienza/efficacia/economicità dell'azione e dell'organizzazione. Oltre a chiedersi chi possano essere tali soggetti, si è osservato come "diventerebbe molto difficile poter prevenire possibili conflitti di interesse e forme di interferenza politica. Il rischio di un 'mercato della valutazione' è, altresì, evidente". Si aggiungono dubbi di costituzionalità sull'ipotesi di esternalizzazione – in base a procedure ad evidenza pubblica – di funzioni di indirizzo strategico e di controllo gestionale⁶².

Più in generale, si persevera nell'errore di non differenziare adeguatamente nel sistema di valutazione la posizione del dirigente rispetto a quella del personale, come accade anche con riferimento al sistema sanzionatorio. È del resto significativo che nell'indicare le finalità della delega (art.3, co.1) ci si riferisca al "riconoscimento e valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici rispetto al contributo prestato, anche in funzione del conferimento, rinnovo e revoca degli incarichi dirigenziali, nonché dell'individuazione di specifici sviluppi di carriera del personale dirigenziale e non", senza tener conto del fatto che la valutazione dei dirigenti ai fini dell'attribuzione dell'incarico non è una mera questione di riconoscimento e valorizzazione del merito, a fini retributivi e di carriera, ma assume una valenza ben diversa, riguardando la capacità del raggiungimento degli obiettivi e quindi la *governance* delle PA.

Nessuna indicazione positiva per il futuro può dunque trarsi da quel disegno di legge al fine di superare le contraddizioni che caratterizzano l'attuale complessivo sistema regolativo. Questo è il risultato di un processo di innovazione che intendeva trasformare il dirigente burocrate del regime pubblicistico in un dirigente *manager* capace di utilizzare, al fine di una gestione efficiente, i poteri del privato datore di lavoro che gli venivano attribuiti; e che ha fallito l'obiettivo anche perché, in particolare a partire dalla riforma

⁶² D'ALTERIO, *ibidem*.

del 2009, lo ha perseguito introducendo un numero abnorme di norme che regolamentano puntualmente l'esercizio di quel potere, con un abbondante corredo di sanzioni, e lo sommergono di controlli prevalentemente di stampo formale. Ottenendo il paradossale risultato di favorire la sopravvivenza e persino il rafforzamento del vecchio modello burocratico⁶³, nonché di consentire di prospettare, a mio avviso erroneamente, una ripubblicizzazione⁶⁴. La dottrina ha criticato la iper-regolazione legislativa e la trasformazione della valutazione in una poco utile montagna di carte, ma il legislatore ha continuato per quella strada: il 'modello Brunetta' non è stato modificato, ma solo corretto in qualche parte, spesso in modo insufficiente o inadeguato, e talvolta peggiorato⁶⁵, mentre le novità positive, quali in particolare il riconoscimento del ruolo sia della dimensione organizzativa sia della valutazione esterna, non sono accompagnate da una disciplina consapevole della complessità e delle implicazioni sistematiche e applicative.

È vero, in generale, che "scelte tendenzialmente di carattere conservativo rispetto alla normativa precedente mantenendo l'impianto preesistente totalmente valido ed anzi rafforzando con qualche innesco di elementi di novità (...) appaiono apprezzabili in quanto permettono alle amministrazioni di procedere senza soluzione di continuità nei loro processi di apprendimento interni sul tema della valutazione della performance e sui relativi processi di cambiamento organizzativo"⁶⁶. Tuttavia, poiché le correzioni e integrazioni non hanno sin qui condotto ai miglioramenti auspicati e promessi, si ritiene che non sia più opportuno seguire tale via, bensì sia necessario cambiare strada in modo più radicale, ritornando a ripensare le modalità più adeguate per attuare il modello originario della riforma, ricordato nell'introduzione

⁶³ V. al riguardo, tra i molti, le analisi di RUFFINI, *op. cit.*

⁶⁴ Così una parte della dottrina amministrativista. V. in particolare: MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, p. 34 ss.; GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, spec. p. 286 ss.; BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un riequilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *GDA*, 2010, p. 479. Hanno negato una ripubblicizzazione: D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, pp. 5-6; CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGLi*, 2010, I, p. 477 ss.; D'ALESSIO, *Le norme sulla dirigenza nel decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 15/2009*, in *Lavoro pubblico: il passato ritorna*, a cura di GENTILE, Ediesse, 2010, p. 19.

⁶⁵ Non si è potuta attuare la modifica della disciplina della dirigenza, che peraltro si prospettava in termini discutibili (anche) nella disciplina degli incarichi e delle responsabilità, ma si è continuato a introdurre sanzioni di ogni tipo per i dirigenti.

⁶⁶ Così RUFFINI, *op. cit.*, p. 147.

a queste riflessioni, a partire dalla disciplina della dirigenza e della sua valutazione, in stretta correlazione. Elaborando finalmente in modo adeguato le differenziazioni imposte dalle “specialità” del lavoro pubblico⁶⁷.

Mario Rusciano ha anche di recente ribadito le ragioni della sua critica alla contrattualizzazione della dirigenza⁶⁸; io non credo che ripubblicizzare la dirigenza sia la soluzione più adeguata, ma la Sua analisi offre importanti e utili elementi per cercare di costruire una disciplina che consenta di realizzare quel virtuoso rapporto tra dirigenza e vertice politico prefigurato dai riformatori degli anni 90 del '900 e mai effettivamente attuato.

⁶⁷ Sullo statuto speciale del dipendente pubblico v. l'ampia analisi di CARUSO, *op. cit.*, con cui non ci si può qui confrontare.

⁶⁸ RUSCIANO, *A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2018, p. 205. ss.

Abstract

Nel saggio si riflette sul ruolo ricoperto dal sistema di valutazione nel modello privatistico/contrattualistico di regolazione dell'organizzazione e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in rapporto alle inadeguatezze della sua disciplina legislativa, nel succedersi delle riforme sino alla più recente del 2017, evidenziandone i limiti e le lacune anche con riguardo ai nessi con le norme sulla dirigenza, nella prospettiva di un nuovo intervento riformatore.

The paper aims to investigate the task performed by the assessment system used by the public administration whenever they apply a private law/contract based regulatory model of the labour organization. This essay will pay close attention to the shadows of the legal framework as it develops throughout the times, up to the 2017 legislative reform, focusing on limits and gaps of the leadership rules and regulations with a view of a forthcoming legislative reform

Key words

Lavoro pubblico, separazione tra politica e amministrazione, sistema di valutazione, politica legislativa, inadeguatezza.

Public employment, separation between politics and public administration, assessment system, legislative policy, unsuitability.

Vito Pinto

Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** L'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche. **3.** Il reclutamento a tempo indeterminato del personale. **4.** La questione delle assunzioni a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche. **5.** La procedura di stabilizzazione. **6.** La disciplina speciale delle assunzioni a termine. **7.** Il regime sanzionatorio. **8.** Il risarcimento del danno. **9.** Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Uno degli ultimi atti della maggioranza parlamentare che sosteneva il primo Governo della XVIII legislatura è stata la conversione del decreto legge 28 giugno 2019, n. 59 e, con esso, delle norme urgenti in materia di personale delle fondazioni lirico-sinfoniche¹. Come esplicitato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, l'urgenza del provvedere era costituita dalle possibili ripercussioni negative – in termini di bilancio e di programmazione artistica – della sentenza della Corte di Giustizia U.E. sulle assunzioni a termine del personale artistico e tecnico².

* Questo scritto è dedicato alla memoria di Rachele Fassi, donna curiosa e coraggiosa.

¹ La legge di conversione è la n. 81 dell'8 agosto 2019; le misure che saranno analizzate sono contenute nell'art. 1 del decreto.

² Relazione al d.d.l. S-374 del 29 giugno 2019, in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/-BGT/01117535.pdf, p. 3. Ma occorre anche considerare che il 25 luglio 2019 la Commissione europea ha inviato all'Italia una lettera di costituzione in mora ex art. 258, T.fue (infrazione n. 20144231) perché non garantirebbe la prevenzione degli abusi dei contratti a tempo determinato in una serie di settori e in relazione a una serie di categorie di lavoratori tra i quali, appunto, il personale dipendente delle “fondazioni di produzione musicale”.

Tuttavia, la riforma è andata ben oltre la regolazione di questa materia riguardando anche la determinazione delle dotazioni organiche, il *turn-over*, le modalità di reclutamento e la “stabilizzazione” dei rapporti precari.

La circostanza non sorprende, né stupisce la linea di intervento. Il legislatore vuole incidere su un contesto di “rilevante interesse generale”³, seppure vi operino soltanto quattordici fondazioni con circa 5.300 dipendenti a tempo indeterminato⁴, ma in costante sofferenza finanziaria. In questo settore, infatti, i ricavi delle rappresentazioni generalmente non coprono i costi di produzione e i contributi pubblici attribuiti in conto esercizio sono per lo più assorbiti dal maggiore tra di essi, vale a dire dalla spesa per il personale⁵. La sofferenza finanziaria, peraltro, risale quanto meno al ridimensionamento generale dell’intervento pubblico realizzato nell’ultimo decennio del secolo scorso e non è stata affatto scongiurata dalla trasformazione obbligatoria dei cd. “enti lirici di prioritario interesse nazionale” in fondazioni di diritto privato⁶.

Illusorio, in particolare, si è rivelato l’auspicio che la privatizzazione degli enti fosse di per sé sufficiente a garantire l’economicità della gestione e, per questa via, l’attrazione di donazioni e sponsorizzazioni private nonché la valorizzazione di tutte le opportunità di reddito complementari alla messa in scena (noleggi, pubblicità, editoria, ristorazione e così via)⁷. Con l’eccezione di un paio di casi⁸, infatti, le fondazioni hanno avuto notevoli difficoltà

³ Così già l’art. 1, legge 14 agosto 1967, n. 800; aspetto valorizzato da Corte cost. 21 aprile 2011, n. 153, al fine di dichiarare la legittimazione dello Stato a doppio titolo (art. 117, co. 2, lett. g e l, Cost.) al riordino del settore lirico-sinfonico e al riassetto degli enti ivi impegnati.

⁴ Il dato occupazionale si riferisce al 31 dicembre 2017 (v. C. Conti, sez. controllo, det. 6 giugno 2019, n. 67, p. 257, tab. 140). Esigenze di economia dello scritto impediscono di dare conto della diversa situazione dei ventotto teatri di tradizione, ai quali pure si applicano alcune delle previsioni del d.l. 59/2019 (e, in particolare, la disciplina speciale dell’apposizione del termine di cui all’art. 29, co. 3-bis e 3-ter, d.lgs. n. 81/2015).

⁵ C. Conti, sez. controllo, det. n. 67/2019, p. 258.

⁶ Per il vero, nel dibattito economico precedente l’adozione della forma privatistica – e tra le ragioni che la consigliavano – era emersa anche la necessità di porre mano al sovradimensionamento degli organici e al peso eccessivo dei costi del personale dipendente sui costi totali (lo ricorda LEON, *Gli enti lirici: una indagine sulle conseguenze della trasformazione in fondazione a tre anni dalla riforma*, in BODO, SPADA (a cura di), *Rapporto sull’economia della cultura in Italia 1990-2000*, Il Mulino, 2004, p. 324).

⁷ In termini, tra i tanti, FRENI, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in GDA, 1996, 12, p. 1110; DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, 2011, p. 222 ss. e, ancora, pp. 231-232.

⁸ Rappresentati dalle Fondazioni Teatro alla Scala di Milano e l’Accademia di Santa Cecilia

a raccogliere capitali privati e il progressivo deterioramento delle condizioni finanziarie ha reso necessari un primo riordino legislativo del settore nel 2010⁹, l'introduzione di una procedura speciale pluriennale di risanamento nel 2013¹⁰ e la programmazione di un secondo riordino nel 2017¹¹.

In questo quadro, l'evoluzione della disciplina dei rapporti di lavoro è stata profondamente segnata dalla preoccupazione di tenere sotto controllo la spesa per il personale; obiettivo perseguito condizionando in vario modo sia la domanda di lavoro delle fondazioni, sia la contrattazione collettiva (specie decentrata). Per quanto riguarda la prima, in particolare, i blocchi temporanei delle assunzioni a tempo indeterminato, i vincoli al *turn-over* e il potere di ridurre temporaneamente l'orario di lavoro (e la retribuzione) dei dipendenti nella misura necessaria a raggiungere il pareggio di bilancio¹² sono stati variamente combinati con un'ampia libertà di stipulare e reiterare contratti a termine e con l'immunità dagli effetti derivanti dall'equiparazione dei collaboratori etero-organizzati ai lavoratori subordinati¹³. Più di

di Roma e alle quali, soprattutto in ragione di questa capacità, è stato riconosciuto lo statuto di "fondazioni dotate di forma organizzativa speciale" (ex art. 5, co. 1, lett. g, l. 29 luglio 2014, n. 106 e d.m. Mibac 6 novembre 2014).

⁹ Cfr. il d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2010, n. 100. Tra coloro che hanno spiegato le ragioni di questo primo intervento v. TUTINO, *Il decreto della discordia*, in *Aedon*, 2010, n. 2, in www.aedon.mulino.it/risorse/prece.htm; COGNATA, TRIMARCHI, *Le opere e i giorni*, in *Aedon*, 2010, n. 3; per Mainardi e Casale (*Lo spettacolo dal vivo. Il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, in *Aedon*, 2010, n. 3, par. 1), tra i motivi vi sarebbe stato anche il sostanziale (e prematuro) fallimento dell'operazione di privatizzazione, dovuto alle riduzioni del finanziamento statale e alla scarsità dei finanziamenti privati.

¹⁰ Ad opera dell'art. 11, d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, in l. 7 ottobre 2013, n. 112. Alla procedura hanno fatto ricorso nove fondazioni su quattordici (v. la Relazione del Commissario straordinario del Governo sullo stato di attuazione dei piani di risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche, giugno 2019, in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2019/2/relazione.pdf>). Per approfondimenti sullo stato dell'arte, v. PETRALIA, *Il processo di risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Aedon*, 2019, n. 2.

¹¹ Seconda riforma prevista dall'art. 2, co. 3, della legge delega 22 novembre 2017, n. 175, ma mai realizzato.

¹² L'art. 24, co. 3-*quarter*, lett. b, d.l. n. 113/2016, più precisamente, prevede che "le fondazioni che non raggiungano il pareggio di bilancio sono tenute a prevedere opportune riduzioni dell'attività [...] e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale, allo scopo di assicurare, a partire dall'esercizio immediatamente successivo, la riduzione dei costi e il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario".

¹³ Cfr. l'art. 2, co. 2, lett. d-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 (introdotto dall'art. 24, co. 3-*quarter*, lett. d, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito, con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160).

quanto sia avvenuto per le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, insomma, la disciplina riguardante l'instaurazione e la gestione dei rapporti di lavoro¹⁴ da parte delle fondazioni è stata ibridata con regole e istituti originariamente strutturati per le amministrazioni pubbliche¹⁵. Un'opzione regolativa che si è già rivelata poco efficace a risolvere i problemi strutturali del settore ma che, come si mostrerà, risulta consolidata dal d.l. n. 59/2019.

2. *L'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche*

La prima misura del d.l. n. 59/2019 a venire in evidenza è il ritorno esplicito all'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche o, se si preferisce, la limitazione dell'autonomia organizzativa di ciascuna fondazione in funzione di un controllo centralizzato sulla spesa per il personale.

Si tratta di un ritorno, posto che un siffatto dispositivo era previsto quando gli enti lirici avevano natura pubblica e il “regolamento organico del personale dipendente” di ciascuno era sottoposto, appunto, all'approvazione ministeriale; e, comunque, di una scelta consapevole posto che l'approvazione ministeriale delle nuove dotazioni organiche determinerà l'inefficacia proprio delle “piante organiche approvate ai sensi dell'articolo 25 della legge 14 agosto 1967, n. 800”¹⁶.

La scelta è molto discutibile sul piano organizzativo ma, almeno, ha il merito di eliminare dal quadro regolativo un elemento di incertezza. Nel periodo intercorrente tra la privatizzazione degli enti e la riforma, in effetti, la regolazione di questa materia è stata a lungo controversa. Il d.lgs. n. 367/1996 nulla aveva disposto in merito ed è probabile che le fondazioni, coerentemente con la nuova natura giuridica privata, abbiano concluso che la materia fosse per loro liberamente disponibile (e, di conseguenza, anche negoziabile). Ciò spiegherebbe come mai l'art. 3 del CCNL regoli, fin dal

¹⁴ Si ricordi che, ancora oggi, i rapporti alle dipendenze delle fondazioni sono assoggettati alle “disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa” (art. 22, co. 1, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367).

¹⁵ Nel caso delle assenze per malattia, vi è stata perfino una vera e propria estensione della disciplina applicabile alle amministrazioni pubbliche: v. l'art. 11, co. 19, d.l. n. 91/2013, convertito, con modificazioni, in l. n. 112/2013.

¹⁶ Art. 1, co. 2-*decies*, d.l. n. 59/2019.

2000, anche gli “organici funzionali”¹⁷. La legislazione successiva alla privatizzazione, però, ha fatto riferimento all’“organico approvato” o alla “pianta organica approvata” in diverse occasioni¹⁸; mentre nel 2013, la riduzione della “dotazione organica del personale tecnico e amministrativo” (per le fondazioni interessate ad accedere alla procedura di risanamento) e la rideterminazione dell’ “organico necessario all’attività da realizzare nel triennio successivo” (per tutte le altre) sono state affidate esclusivamente all’organo di indirizzo, senza alcuna menzione di un’approvazione ministeriale¹⁹.

Oggi è previsto che ciascuna fondazione, una volta “sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”, proponga all’approvazione del Ministro per i beni culturali e del Ministro dell’economia e delle finanze la propria dotazione organica²⁰. A quanto è dato intendere, peraltro, nel formulare la propria proposta di dotazione, le fondazioni non potranno stimare autonomamente il proprio fabbisogno di personale in ragione della programmazione artistica ma, al contrario, dovranno “uniformarsi” ad uno “schema tipo” predisposto dagli stessi Ministri innanzi citati tenendo conto “delle esigenze di struttura e organizzazione, definite nel contratto collettivo nazionale di lavoro, per i complessi artistici e il settore tecnico”²¹.

A conferma che la funzione della dotazione organica sarà quella di dare evidenza e certezza alla spesa per il personale, ad ogni modo, il legislatore prevede che le fondazioni alleghino alla propria proposta “una relazione illustrativa e tecnica, corredata del parere del Collegio dei revisori dei conti, che attesti la sostenibilità economico-finanziaria della dotazione organica così determinata, al fine di garantire l’equilibrio economico-finanziario e la copertura dei relativi oneri con risorse aventi carattere di certezza e di sta-

¹⁷ Clausola successivamente riscritta con l’accordo di rinnovo del 2003. È opportuno osservare, peraltro, che il CCNL è applicato da tutte le fondazioni.

¹⁸ V., ad esempio, l’art. 3-ter, co. 6, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, che fissava per il 2005 un limite di contingentamento delle assunzioni a termine pari al “quindici per cento dell’organico approvato”. Ma v. anche i riferimenti contenuti nell’art. 3, co. 5 e 5-bis, d.l. 30 aprile 2010, n. 64 convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 64, rispettivamente all’ “organico approvato” e alla “pianta organica approvata”.

¹⁹ Con l’art. 11, co. 1, 13 e 19, d.l. 8 agosto 2013, n. 91 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112.

²⁰ Art. 22, co. 2-ter, d.lgs. n. 367/1996.

²¹ Stando all’art. 22, co. 2-ter, d.lgs. n. 367/1996, lo schema di dotazione avrebbe dovuto essere adottato entro il 30 luglio 2019. A quanto consta, però, ciò non è ancora avvenuto.

bilità”); “un documento di programmazione che rappresenti come la dotazione organica proposta sia diretta a conseguire adeguati livelli di produzione e di produttività della fondazione, ovvero un loro incremento”; e, all’evidente fine di valutare l’impatto delle “stabilizzazioni”²², l’“indicazione del numero dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nell’ultimo biennio, e di quelli, in essere alla data della proposta, [...] e dei relativi oneri, nonché del numero di posti vacanti, distinguendo tra personale artistico, tecnico e amministrativo”²³.

Una volta approvate, le dotazioni organiche sono valide per un triennio salvo che, nell’arco di questo periodo, venga “meno il requisito della sostenibilità economico-finanziaria” (circostanza che dovrebbe comportare l’obbligo di revisione *immediata* della dotazione)²⁴. Al termine del triennio, poi, le fondazioni potranno avviare il medesimo procedimento previsto per l’approvazione al fine di rivedere la propria dotazione organica in modo da adeguarla alla programmazione artistica e sempre che essa risulti sostenibile sul piano economico-finanziario²⁵.

3. *Il reclutamento a tempo indeterminato del personale*

L’autonomia organizzativa delle fondazioni risulta oggi limitata anche dal contingentamento delle assunzioni a tempo indeterminato realizzato agendo sul tasso di sostituzione dei lavoratori (cd. *turn-over*). Salvo il caso in cui le fondazioni debbano procedere alla stabilizzazione dei rapporti precari²⁶, infatti, le assunzioni a tempo indeterminato devono essere contenute entro un limite di spesa pari a quella complessivamente sostenuta per i rapporti cessati nell’anno in corso e nei due anni precedenti²⁷.

Al fine di scoraggiare assunzioni clientelari e preservare la qualità degli

²² V., *infra*, par. 5.

²³ Così l’art. 22, co. 2-ter, rispettivamente lett. a, b, e c, d.lgs. n. 367/1996.

²⁴ Di qui, l’obbligo di verifiche periodiche da parte del Collegio dei Revisori dei conti della fondazione: v. l’art. 22, co. 2-quinquies, d.lgs. n. 367/1996.

²⁵ V., ancora, l’art. 22, co. 2-quinquies, d.lgs. n. 367/1996 introdotto dall’art. 1, co. 2, d.l. n. 59/2019.

²⁶ Nel qual caso il limite di spesa è elevabile ex art. 1, co. 2-nonies, d.l. n. 59/2019. V. anche *infra*, par. 5.

²⁷ Cfr. l’art. 1, co. 2-sexies, d.l. n. 59/2019.

organici, poi, il legislatore ribadisce che il reclutamento a tempo indeterminato dovrà avvenire previo esperimento di apposite “procedure selettive pubbliche”²⁸. In effetti, un siffatto obbligo era già stato posto dall’art. 11, co. 19, d.l. n. 91/2013, tuttora in vigore, e non è facile individuare il senso della ri-proposizione. Ad ogni modo, la norma non pare ammettere deroghe o eccezioni, ragione per cui è applicabile qualunque sia il profilo professionale o la categoria di inquadramento del personale da assumere ivi compresi i dirigenti, le figure artistiche di alto valore professionale e perfino i dipendenti destinati a “qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell’obbligo” (vale a dire per quel personale che potrebbe essere assunto da un’amministrazione pubblica mediante la sola richiesta numerica ai centri territoriali per l’impiego²⁹).

L’impiego del sintagma “procedure selettive”, inoltre, induce a pensare che il giudizio valutativo non dovrà necessariamente consistere in una comparazione tra le diverse candidature (come avviene nei concorsi³⁰). Esse, poi, sono qualificate come “pubbliche” perché aperte al pubblico e adeguatamente pubblicizzate ma conservano natura privata, tanto è vero che le “controversie relative alla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento” sono devolute al giudice ordinario e non a quello amministrativo³¹.

La selezione aperta e impersonale, infine, è obbligatoria solo per il reclutamento a tempo indeterminato e non anche a termine. Anche in questo caso l’opzione regolativa è consapevole, posto che il legislatore ha contestualmente abrogato la previsione che imponeva alla sola Fondazione Petruzzelli e Teatri di Bari di esperire “procedure ad evidenza pubblica” anche nel caso di assunzioni a tempo determinato³². In concreto, però, ciò non significa che le fondazioni potranno scegliere liberamente chi assumere posto che, quanto meno con riferimento al personale artistico, è il CCNL che le obbliga a porre in essere una “selezione annuale prima dell’inizio della stagione formulando apposita graduatoria degli idonei”³³.

²⁸ V. l’art. 22, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 367/1996.

²⁹ V. l’art. 35, co. 1, d.lgs. n. 165/2001.

³⁰ V., per tutte, Cass., SS.UU., ord. 26 gennaio 2011, n. 1778.

³¹ Così l’art. 22, co. 2, ultimo periodo, d.lgs. n. 367/1996.

³² Cfr. l’art. 1, co. 4, d.l. n. 59/2019 il quale, appunto, ha abrogato l’art. 3, co. 8-*bis*, d.l. n. 64/2010.

³³ Art. 1, co. 4, CCNL.

Rispetto al passato, e così com'è stato imposto anche alle società private in controllo pubblico³⁴, le fondazioni sono altresì obbligate a predeterminare, in un apposito regolamento, i “criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza pubblica e imparzialità e dei principi di cui, all’articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Un’eventuale omissione, peraltro, non consente alle fondazioni di sottrarsi ai principi dettati dall’art. 35, co. 3, d.lgs. n. 165/2001 posto che essi troveranno “diretta applicazione” nelle fasi che vanno dalla redazione dell’avviso di selezione fino all’individuazione dei vincitori. La selezione, in definitiva, dovrà essere adeguatamente pubblicizzata e strutturata in modo da garantire l’“economicità e [la] celerità di espletamento” (co. 3, lett. a, ma anche d) nonché le “pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori” (lett. c); la commissione selezionatrice dovrà essere composta “esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie” oggetto di prova, purché non componenti dell’organo di gestione della fondazione né titolari di cariche politiche o sindacali (lett. e); il giudizio valutativo, infine, dovrà essere imparziale perché formulato in base a prove e criteri “oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire” (lett. a e b).

La mancata predeterminazione delle procedure selettive, peraltro, è sanzionata solo indirettamente. Esplicitamente punite, infatti, sono soltanto la mancata o incompleta pubblicazione del regolamento sul sito istituzionale della fondazione. Il responsabile dell’eventuale omissione, in particolare, potrà essere condannato al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra cinquecento e diecimila euro³⁵, oltre che a risarcire l’eventuale danno di immagine subito dalla fondazione³⁶. Quanto a quest’ultima, finché perdura l’inadempimento essa *non dovrebbe poter percepire* “somme a qualsivoglia titolo” da parte di amministrazioni pubbliche, fatto salvo il pa-

³⁴ Dall’art. 19, co. 2, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

³⁵ Cfr. l’art. 47, co. 2, d.lgs. n. 33/2013.

³⁶ Come stabilito dall’art. 46, d.lgs. n. 33/2013 al quale rinvia, appunto, l’art. 22, co. 2, nuovo testo, d.lgs. n. 367/1996. L’art. 46, per il vero, risulta difficilmente applicabile alle Fondazioni perché strutturato in ragione delle amministrazioni pubbliche e degli istituti che le caratterizzano. Testualmente, infatti, l’art. 46 sanziona l’inadempimento di alcuni specifici obblighi di pubblicazione stabilendo che esso costituisca “elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine dell’amministrazione e [sia] comunque valutat[o] ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili”.

gamento dei corrispettivi dovuti a fronte dell'adempimento di obbligazioni contrattuali³⁷.

Infine, e ancora una volta in coerenza con quanto previsto per le società private in controllo pubblico, è oggi esplicitamente disposto che le assunzioni a tempo indeterminato di lavoratori scelti dalle fondazioni, anziché da queste selezionati impersonalmente mediante le procedure all'uopo predisposte, siano nulle e determinino l'applicazione dell'art. 2126 c.c.³⁸. La regola, molto probabilmente, troverà applicazione in un numero limitato di casi perché raro è che si verifichi la relativa fattispecie. Essa, però, potrebbe avere un'importanza sistematica notevole se la giurisprudenza dovesse valorizzarla al fine di dedurre un generale principio di "non convertibilità a tempo indeterminato" dei rapporti flessibili, a termine *in primis*. Sulla questione, comunque, si avrà modo di tornare³⁹.

4. *La questione delle assunzioni a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*

La ragione dichiarata dell'iniziativa legislativa, però, è stata la necessità di assicurare "la tutela dei lavoratori del settore secondo il diritto dell'Unione europea"⁴⁰ dopo la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Sciotto*⁴¹.

Per comprendere l'impatto di questa decisione bisogna ricordare che, anche in ragione del modello di produzione "a stagione" privilegiato dalle fondazioni lirico-sinfoniche (ma anche dei teatri cd. di tradizione), il reclu-

³⁷ Il condizionale è d'obbligo considerato che l'art. 22, co. 4, d.lgs. n. 33/2013 (al quale rinvia l'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 367/1996) vieta alle amministrazioni pubbliche di erogare – e non di percepire – somme a qualsivoglia titolo in favore degli enti vigilati, controllati o partecipati dei quali la stessa p.a. non abbia pubblicato i dati previsti per legge. È evidente, però, che una simile previsione sarebbe priva di senso se riferita alle fondazioni (dal momento che esse non erogano, bensì percepiscono finanziamenti pubblici).

³⁸ V. il nuovo co. 2-*bis* dell'art. 22, d.lgs. n. 367/1996.

³⁹ *Infra*, par. 7.

⁴⁰ Art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

⁴¹ Sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*. La sentenza è stata commentata da DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 383/2019; da NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in questa rivista, 2019, p. 320 ss.; e da RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche al vaglio della Corte di Giustizia: l'avvio di una possibile inversione di rotta?*, in LPA, 2019, p. 272 ss.

tamento del personale artistico e tecnico è stato tradizionalmente di natura temporanea, non solo in Italia⁴². Già nel periodo antecedente la privatizzazione⁴³, ad esempio, agli enti lirici era stata riconosciuta la facoltà incondizionata di apporre un termine ai contratti di lavoro “nelle scritture del personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli”⁴⁴ nonché per il restante personale se “addeito a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita”⁴⁵. Essendo controversa l’applicabilità dell’art. 2 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e segnatamente della regola della convertibilità a tempo indeterminato dei rapporti illegittimamente reiterati, poi, nel 1977 intervenne il legislatore a vietare “i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, [avrebbero comportato] la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato”⁴⁶; con la precisazione, aggiunta nel 1982, che “le assunzioni attuate in violazione del divieto [erano] nulle di diritto, ferma la responsabilità personale di chi le [avesse] disposte”⁴⁷.

⁴² Cfr. Corte di Giustizia 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo*, spec. par. 23.

⁴³ Ed anche quando l’art. 3, d.l. 11 settembre 1987, n. 374, convertito in l. 20 ottobre 1987, n. 450, estese agli enti lirici la disciplina per i dipendenti degli enti pubblici economici.

⁴⁴ Così il testo originario dell’art. 1, co. 2, lett. e, legge 18 aprile 1962, n. 230 (poi sostituito dall’articolo unico della l. 23 maggio 1977, n. 266, con conseguente apponibilità del termine alle “assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi”).

⁴⁵ Essendo la “preparazione e produzione di spettacoli” inserita nell’elenco delle attività a carattere stagionale di cui al D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 (n. 49). Su questa previsione si tornerà *infra*, par. 6.

⁴⁶ Dall’art. 3, l. 22 luglio 1977, n. 426.

⁴⁷ Così l’ultimo comma dell’art. 3, aggiunto dall’art. 2, l. 17 febbraio 1982, n. 43. La vicenda dell’art. 3, successiva alla privatizzazione degli enti lirici, è indicativa dei problemi del settore. Al fine di incidere sul contenzioso in atto, l’art. 3, co. 6, d.l. n. 64/2010 dispose (retroattivamente) che esso fosse applicabile anche ai rapporti di lavoro instaurati dopo la privatizzazione e fino all’entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001. Tre anni dopo, sempre allo stesso scopo, l’art. 40, co. 1-bis, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, l. 9 agosto 2013, n. 98) interpretò autenticamente la norma del 2010 nel senso che “alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non [sarebbero state applicabili] le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti” (corsivo di chi scrive). Con la sentenza 11 dicembre 2015, n. 260, però, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima – perché priva di carattere interpretativo – quest’ultima previsione nella parte in cui impediva la prosecuzione a tempo indeterminato anche dei rapporti affetti da vizi genetici. Questa sentenza è stata diffusamente analizzata

Il legislatore ha assecondato le consolidate pratiche di reclutamento anche in occasione della privatizzazione, allorché escluse esplicitamente l'applicabilità al personale artistico e tecnico dell'art. 2, l. n. 230/1962⁴⁸; e nuovamente al momento del recepimento dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70, quando esonerò le fondazioni dal regime delle proroghe e dei rinnovi⁴⁹. I già laschi vincoli all'autonomia negoziale delle fondazioni, peraltro, furono ulteriormente allentati nel 2010, allorché le assunzioni temporanee del personale di qualsiasi qualifica furono sottratte anche la regola che – a pena di inefficacia – imponeva la forma scritta dell'apposizione del termine e dell'indicazione delle ragioni che la legittimavano⁵⁰. Con lo stesso provvedimento, del resto, fu disposto che in questo settore le assunzioni a tempo indeterminato non fossero la “forma comune” di impiego⁵¹ e le fondazioni furono esplicitamente legittimate a sottoscrivere contratti a termine anche “a copertura dei posti vacanti in organico”⁵².

Questo è, appunto, il contesto normativo della cui compatibilità con il diritto sovranazionale ha dubitato la Corte d'Appello di Roma nel caso *Sciotto*. Ma l'indirizzo di favore per le assunzioni a termine e per le loro reiterate non è stato abbandonato neppure dal d. lgs n. 81/2015. Anche quest'ultimo, infatti, disciplinava in modo peculiare i rapporti temporanei del personale artistico e tecnico *sottraendoli* all'operare di alcune regole generali: in particolare, ai primi tre commi dell'art. 19 (che attengono alla giustificazione del termine per i rapporti di durata superiore a dodici mesi, ai vincoli di durata massima dei rapporti e alla prosecuzione degli stessi a tempo indeterminato in caso di superamento) e all'art. 21 (e, quindi, ai limiti in materia di proroghe e rinnovi)⁵³. Di qui, la possibilità di estendere anche a questa disciplina gli stessi dubbi di compatibilità con il diritto europeo sorti con riferimento al quadro giuridico previgente.

in dottrina: v., almeno, DE MARTINO, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *VTDL*, 2016, p. 599; GHERA F., *Interpretazione autentica di leggi sul lavoro a termine e diritto alla stabilizzazione*, in *GCost.*, 2015, p. 2261; MENGHINI, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, *RGL*, 2016, II, p. 164; NATULLO, *GIORNALE*, *Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi*, in *questa rivista*, 2016, p. 123 ss.; e PERRINO, *Nota*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1.

⁴⁸ Cfr. l'art. 22, co. 2, d.lgs. n. 367/1996.

⁴⁹ Art. 11, co. 4, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

⁵⁰ Come previsto dall'art. 3, co. 6, terzo periodo, d.l. n. 64/2010.

⁵¹ V. sempre l'art. 3, co. 6, terzo periodo, d.l. n. 64/2010.

⁵² Così l'art. 3, co. 5, d.l. n. 64/2010.

⁵³ V. l'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 81/2015.

L'importanza della sentenza *Sciotto* sta nell'aver evidenziato che, con l'entrata in vigore della direttiva 1999/70, "è nell'ambito dell'attuazione dell'accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione"⁵⁴. Più in concreto, se gli Stati possono legittimare la reiterazione dei contratti a termine attribuendo rilevanza giuridica a circostanze particolari che si possono verificare in un determinato settore, non è conforme al diritto sovranazionale una disciplina nazionale che permetta la reiterazione generalizzata di assunzioni temporanee in un intero settore in ragione di una supposta particolarità dello stesso⁵⁵.

Inoltre, e su un diverso piano, il fatto che gli Stati non siano tenuti a punire gli abusi con la prosecuzione a tempo indeterminato dei relativi rapporti non implica che essi siano esonerati dal prevedere – anche in un settore quale quello delle fondazioni lirico-sinfoniche – misure sanzionatorie alternative che siano effettive e sufficientemente dissuasive⁵⁶.

Di qui, l'obbligo per i giudici italiani di disapplicare le disposizioni che concedono alle fondazioni di reiterare liberamente le assunzioni a termine nonché quelle che le rendono immuni da qualsivoglia sanzione in caso di abuso di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sempre che essi non riscontrino la vigenza di un'altra misura effettiva che sanzioni la segmentazione artificiosa e non oggettivamente necessaria dei rapporti di lavoro⁵⁷.

Una decisione pienamente condivisibile anche perché, sul piano fattuale, non è vero che la domanda di artisti e tecnici espressa dalle fondazioni sia strutturalmente e oggettivamente temporanea. Molto dipende, invece, dall'impostazione dell'attività teatrale e dai caratteri artistici dei titoli messi in scena. La domanda di lavoro è per lo più discontinua se, come generalmente accade nell'esperienza italiana, la programmazione artistica è di breve periodo (annuale o addirittura stagionale) e contempla la produzione *ex novo*

⁵⁴ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punto n. 35.

⁵⁵ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punti nn. 46-49.

⁵⁶ CGUE, 25 ottobre 2018, causa C-331/17, punti nn. 60-66.

⁵⁷ Contrariamente a quanto pare sia sostenuto da RECCHIA (*La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*, cit., pp. 283-284), il richiamo alla sentenza *Sciotto* è tutt'altro che essenziale nell'iter argomentativo di Cass. 7 marzo 2019, nn. 6679 e 6680; Cass. 18 aprile 2019, n. 10860 e 14 maggio 2019, n. 12776 (tutte relative a casi di nullità dell'apposizione del termine e non di reiterazione dei contratti).

di un numero limitato di titoli destinati a essere rappresentati poche volte. Le cose sarebbero diverse, invece, se la pianificazione fosse pluriennale o combinasse produzioni originali, spettacoli di repertorio (quindi, già pronti per essere rappresentati) e coproduzioni. In questo caso, il fabbisogno di personale si stabilizzerebbe, le “alzate di sipario” si intensificherebbero e tutto ciò renderebbe più convenienti le assunzioni a tempo indeterminato.

5. *La procedura di stabilizzazione*

Il rischio di contenzioso innescato dalla possibilità di una disapplicazione giudiziale delle previsioni di favore dettate dagli artt. 11, co. 4, d.lgs. n. 368/2001 e 3, co. 6, d.l. n. 64/2010 nonché, successivamente, anche dall’art. 29, co. 3, d.lgs. n. 81/2015 è stata la vera ragione del pronto intervento del legislatore. Questa circostanza, in particolare, spiega le misure dirette alla stabilizzazione dei precari.

Come spesso è accaduto, tuttavia, anche il d.l. n. 59/2019 ha dovuto contemperare gli interessi antagonisti dei precari e dei vincitori delle prove selettive che, per vincoli giuridici o ragioni finanziarie, sono ancora in attesa di essere assunti a tempo indeterminato. Il punto di equilibrio è stato trovato nell’agevolare, sia sul piano normativo che su quello finanziario, la stabilizzazione dei primi fermo restando, però, il riconoscimento ai secondi di una precedenza nelle future assunzioni a tempo indeterminato⁵⁸.

Una volta approvata dal ministero la dotazione organica, infatti, ciascuna fondazione potrà colmare le carenze di organico assumendo *prioritariamente* coloro i quali, già vincitori (e non meramente idonei) all’esito di procedure selettive per il reclutamento a tempo indeterminato, alla data del 12 agosto

⁵⁸ Per le assunzioni di cui si dirà a breve in testo, infatti, i “limiti finanziari di cui al comma 2-*sexies*, primo periodo, possono essere elevati di un importo pari alle risorse destinate in bilancio a coprire i costi delle assunzioni a termine in essere alla data del bando”. Tuttavia, considerato che in talune situazioni il ricorso ai rapporti a termine (e la conseguente spesa) è abnorme, il legislatore ha previsto che le maggiori risorse in discorso non possano superare la spesa correlata al numero dei rapporti a termine “necessari a garantire i livelli di produzione programmati” e, comunque, al più pari al 20% dei dipendenti a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di riferimento (art. 1, co. 2-*nonies* d.l. n. 59/2019). Il tutto a due condizioni: “che le medesime fondazioni siano in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale” e che esse prevedano nei propri bilanci la contestuale e definitiva riduzione della spesa per le assunzioni a termine per un ammontare pari a quello utilizzato.

2019 erano inseriti in graduatorie in corso di validità⁵⁹. In modo poco perspicuo, peraltro, il legislatore “fa salve” le procedure selettive in corso alla medesima data. Ora, ciò significa certamente che anche i vincitori di queste procedure sono titolari del diritto di precedenza.

È plausibile, però, che con questa previsione il legislatore abbia inteso – seppure implicitamente – anche inibire l’avvio di nuove procedure di reclutamento fino all’avvenuto riordino del settore (coincidente, appunto, con l’approvazione delle nuove dotazioni organiche). Un divieto tutt’altro che irragionevole posto che la stabilizzazione dei precari potrà aver luogo soltanto dopo l’assunzione degli aventi diritto di precedenza e a condizione che residuino posti in organico.

La stabilizzazione, del resto, dovrà essere necessariamente preceduta da una prova selettiva che le fondazioni potranno articolare scegliendo tra due opzioni: potranno prevedere di valorizzare “con apposito punteggio, l’esperienza professionale maturata in virtù di precedenti rapporti di lavoro presso le fondazioni lirico sinfoniche”⁶⁰; oppure potranno riservare ai “precari” un numero di posti non superiore al 50% di quelli disponibili⁶¹. In questo secondo caso, i destinatari della riserva dovranno essere in possesso di requisiti diversi a seconda che la selezione riguardi il personale artistico e tecnico, da una parte, o quello amministrativo, dall’altra. Al momento della pubblicazione dei bandi, infatti, i riservatari appartenenti all’area artistica e tecnica dovranno essere stati alle dipendenze della fondazione precedente “sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato per un tempo complessivo non inferiore a diciotto mesi, anche non continuativi, negli otto anni precedenti”; mentre gli amministrativi dovranno avere un’anzianità di servizio complessiva “non inferiore a trentasei mesi, anche non continuativi, negli otto anni precedenti”.

L’altra condizione indispensabile per partecipare alle procedure riservate, comune a entrambe le categorie di lavoratori, è l’aver prestato servizio alle dipendenze della fondazione precedente per un periodo – anche minimo – successivo al 12 agosto 2018 (non essendo necessario, invece, che essi siano dipendenti al momento della pubblicazione del bando).

⁵⁹ Art. 1, co. 2-*septies*, d.l. n. 59/2019.

⁶⁰ E non solo, quindi, presso la fondazione precedente.

⁶¹ Art. 1, co. 2-*octies*, d.l. n. 59/2019. In entrambi i casi, “le modalità di espletamento delle procedure selettive [...], i titoli abilitativi, i criteri di attribuzione dei punteggi e i titoli di preferenza sono definiti da ciascuna fondazione, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

La possibilità di riservare una quota di posti al personale precario, evidentemente, è del tutto eccezionale rispetto alle ordinarie regole di reclutamento e ciò spiega perché tale facoltà sia stata testualmente riconosciuta soltanto fino al 31 dicembre 2021. Non è circoscritta temporalmente, invece, la possibilità di indire procedure che prevedano la valorizzazione dell'esperienza professionale pregressa: non lo è esplicitamente ma, a parere di chi scrive, neppure implicitamente.

È ragionevole pensare, infatti, che rientri nell'autonomia organizzativa di ciascuna fondazione stabilire se vi siano posizioni professionali rispetto alle quali una simile valorizzazione, in termini di punteggio o di esonero da alcune prove, sia opportuna.

Ciò che conta è che le scelte siano ragionevoli, non predeterminino in alcun modo l'esito della procedura selettiva (e, quindi, non pregiudichino il carattere imparziale del giudizio), consentano comunque l'accertamento dei requisiti attitudinali e professionali e, infine, siano state predeterminate nel regolamento sulle procedure assunzionali⁶².

6. *La disciplina speciale delle assunzioni a termine*

Il legislatore, infine, ha strutturato un quadro regolativo più severo in materia di assunzioni a termine. Seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, è stata data attuazione all'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70 fissando una serie di misure speciali che dovrebbero garantire una tutela contro eventuali abusi al personale artistico e tecnico⁶³.

Anche il nuovo assetto, pertanto, conserva la tradizionale segmentazione legislativa tra area artistica e tecnica, da un lato, e area amministrativa, dall'altro. Il differente trattamento giuridico riservato alle due categorie di lavoratori è facilmente spiegabile in ragione delle considerazioni di ordine organizzativo innanzi esposte; ma resta il problema che, così facendo, il legislatore ripropone una classificazione asimmetrica rispetto a quella operata dall'art. 5 del CCNL. Quest'ultimo, infatti, distingue l'area artistica da quella

⁶² V. *supra*, par. 3.

⁶³ Al personale amministrativo, infatti, sono integralmente applicate le regole comuni di cui agli artt. 19 e ss., d.lgs. n. 81/2015. Il personale sia artistico-tecnico che amministrativo, inoltre, rientra nel calcolo della percentuale di contingentamento di cui all'art. 23, co. 1 (cfr. l'art. 29, co. 3 e co. 3-bis) d.lgs. n. 81/2015.

tecnico-amministrativa includendo tra gli impiegati, ad esempio, anche gli scenografi di qualsiasi livello, dal capo coordinatore agli aiuti: vale a dire, anche il personale che – in possesso di cognizioni tecniche, pratiche ed artistiche – con diversi gradi di autonomia e responsabilità partecipa alle realizzazioni scenografiche. In assenza di dati legislativi o contrattuali collettivi utili, pertanto, dovranno essere qualificati come “tecnici” coloro che concretamente disimpegnano mansioni che, pur non avendo contenuto “artistico”, sono strettamente funzionali alla messa in scena degli spettacoli.

Nel merito, la nuova disciplina permette l’assunzione a tempo determinato di artisti e tecnici soltanto “in presenza di esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l’impiego anche di *ulteriore* personale artistico e tecnico” nonché per la “sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti” (corsivo di chi scrive)⁶⁴. Le medesime ragioni, poi, giustificano l’eventuale proroga del termine e, soprattutto, il rinnovo del contratto⁶⁵. In tutti i casi, dovrà essere redatto un documento che indichi espressamente la ragione che giustifica l’apposizione del termine o, in alternativa, “il puntuale riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato” l’artista o il tecnico⁶⁶.

In secondo luogo, è stabilito che – “a decorrere dal 1° luglio 2019” e “fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi” – il rapporto o i successivi rapporti a termine instaurati tra le parti “per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale” non possano superare i trentasei mesi complessivi⁶⁷. Poiché la regola riguarda la durata dei rapporti, è logico che essa si applichi già ai rapporti in corso di esecuzione alla data fissata dal legislatore e non soltanto a quelli instaurati successivamente.

Ciò spiega, peraltro, perché il limite massimo di impiego sia stato prontamente innalzato con accordo collettivo a duecentoquaranta mesi, purché i rapporti che abbiano avuto un’esecuzione superiore a trentasei mesi cessino definitivamente entro il 30 giugno 2020⁶⁸. In proposito si con-

⁶⁴ V. l’art. 29, co. 3-*bis*, primo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁵ Com’è disposto dall’art. 29, co. 3-*bis*, secondo periodo.

⁶⁶ Così l’art. 29, co. 3-*bis*, terzo periodo, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁷ V., ancora, il co. 3-*bis* dell’art. 29.

⁶⁸ V. l’Accordo tra ANFOLS e oo.ss. maggiormente rappresentative del 4 luglio 2019, n. 1. Le parti hanno anche “neutralizzato” la durata massima di ventiquattro mesi dei rapporti del personale amministrativo fissata dall’art. 19, d.lgs. n. 81/2015 valorizzando il rinvio all’autonomia

sideri che – vigente un quadro legislativo che favoriva le assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato e che, comunque, non poneva vincoli ai rinnovi negoziali – è stata l'autonomia collettiva a contemperare le esigenze di flessibilità tipiche della produzione artistica e le necessità operative conseguenti alle carenze strutturali degli organici con l'interesse dei lavoratori alla stabilità della propria occupazione. Una mediazione, più precisamente, individuata nel riconoscimento al personale artistico già assunto a termine, e a diverse condizioni anche al personale tecnico-amministrativo, di un diritto di precedenza in caso di successive assunzioni per “esigenze stagionali”⁶⁹. Di qui, l'esistenza di “carriere professionali” segmentate ma estese nel tempo e la necessità di elevare in misura abnorme il tetto dei trentasei mesi al fine di evitare che esse fossero improvvisamente interrotte⁷⁰.

Il nuovo impianto legislativo, invece, ha un elemento di contraddizione e potenzialmente “eversivo” nella disposizione secondo la quale, “fatta salva l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità”, le regole sulle condizioni legittimanti l'apposizione del termine e sulla durata massima dei rapporti non trovano applicazione “ai lavoratori impiegati nelle attività stagionali individuate ai sensi dell'articolo 21, comma 2” d.lgs. n. 81/2015⁷¹; ossia, come previsto da quest'ultimo, nelle attività che siano qualificate tali dalla contrattazione collettiva o, attualmente, dal d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525. Nel caso delle fondazioni lirico-sinfoniche, in concreto, nulla è previsto dalla contrattazione collettiva mentre il n. 49 dell'elenco allegato al decreto n. 1525/1963, essendo stato redatto nel momento in cui l'apposizione del termine alle “scritture” di artisti e tecnici era già incondizionatamente legittimata (dalla lett. e, dell'art. 1, l. n. 230/1962), permette testualmente l'assunzione di personale con un diverso profilo professionale da quello artistico/tecnico ma

collettiva contenuto nel secondo comma della previsione e stabilendo che tali rapporti possano essere prorogati o rinnovati liberamente fino al 31 dicembre 2019 (purché si estinguano entro il 30 giugno 2020).

⁶⁹ Art. 1, co. 4 e 9, CCNL 1° giugno 2000 così come interpretati dall'accordo di rinnovo del 29 luglio 2003.

⁷⁰ Con l'Accordo del 4 luglio 2019, del resto, le parti hanno convenuto che ai lavoratori interessati dall'innalzamento del “tetto” continui ad applicarsi la disciplina del diritto di precedenza (n. 2).

⁷¹ V. l'art. 29, co. 3-bis, ultimo periodo, d.lgs. n. 81/2015. Gli addetti alle attività stagionali, peraltro, dovrebbero essere esclusi anche dal calcolo della percentuale di contingentamento (arg. ex art. 23, co. 2, lett. c, d.lgs. n. 81/2015).

pur sempre da adibire alla “preparazione e produzione” di “singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita”⁷².

Senonché, e questo è il punto, oggi la fattispecie descritta al n. 49 deve essere letta facendo astrazione dell'elemento soggettivo originario poiché il rinvio (indiretto) ad essa è contenuto in una previsione che riguarda esclusivamente l'assunzione temporanea di personale artistico e tecnico. In altri termini, il riferimento alle “attività stagionali” di cui al comma 3-*bis* dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 ha l'effetto di legittimare l'assunzione di artisti e tecnici senza alcun vincolo (se non quelli di forma) allorché il loro apporto sia necessario alla preparazione o alla produzione di uno spettacolo o di più spettacoli consecutivi in un arco temporale prestabilito e non superiore all'anno⁷³.

Orbene, se si tiene conto che questa “stagionalità” dipende dalle scelte organizzative delle fondazioni e non da fattori oggettivi⁷⁴, risulterà altresì evidente come essa si presti ad essere utilizzata dalle fondazioni per sottrarsi nuovamente al regime vincolistico messo a punto per garantire la tutela dei lavoratori “secondo il diritto dell'Unione”. Sarà sufficiente che le stesse continuino a organizzarsi come tradizionalmente fanno e che invocino la “stagionalità” della loro attività istituzionale per eliminare ogni ostacolo alla reiterazione dei rapporti di lavoro a termine, per impedire di verificare quando l'assunzione abbia davvero luogo per soddisfare esigenze oggettivamente contingenti e, in definitiva, per privare la direttiva del suo effetto utile. Una situazione che, se condivisa, impone al giudice investito di un'eventuale controversia di disapplicare l'art. 29, co. 3-*bis*, ultimo periodo (con tutte le conseguenze del caso).

⁷² *Supra*, par. 4.

⁷³ Secondo la giurisprudenza formatasi sul n. 49 dell'elenco, infatti, “la durata limitata del rapporto lavorativo deve trovare giustificazione nelle esigenze e nella durata della suddetta ‘stagione teatrale’, intesa come serie di spettacoli consecutivi, programmati in un arco temporale che, se anche di durata più estesa delle ‘stagioni del calendario’, deve esaurirsi nell'anno, in ragione di quanto avviene nella realtà fattuale e dell'esperienza del settore” (così Cass. 5 ottobre 1998, n. 9878).

⁷⁴ Lo evidenzia anche la Corte di Giustizia, *Sciotto*, parr. 46 e 53.

7. *Il regime sanzionatorio*

La responsabilizzazione delle fondazioni imposta dal diritto sovranazionale, inoltre, dipenderà in concreto anche dall'effettività e dalla reale efficacia dissuasiva dell'assetto rimediale/sanzionatorio. Il quadro giuridico messo a punto a tal fine, però, ha un campo di applicazione circoscritto sia soggettivamente che oggettivamente, essendo applicabile solo al personale artistico e tecnico e soltanto nelle ipotesi in cui ad essere violate siano le norme sostanziali poste dallo stesso d.l. n. 59/2019.

Mutuando i dispositivi previsti per il lavoro pubblico, il legislatore sanziona anzitutto con la nullità dell'intero contratto di lavoro (e non del solo patto appositivo del termine, come si argomenterà) l'instaurazione del rapporto senza un documento scritto⁷⁵; e con il "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro" l'eventuale violazione delle "norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi" direttamente poste dal comma 3-*bis*⁷⁶.

Per quanto riguarda la nullità, occorre ammettere che i dati normativi disponibili sono ridondanti e, di conseguenza, poco perspicui. Il comma 3-*bis* dell'art. 29, infatti, dapprima stabilisce che le fondazioni "possono stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato"; e la norma è confermata dall'ultimo periodo, allorché tiene ferma "l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità" per le assunzioni stagionali. Un'altra delle previsioni dello stesso comma, però, stabilisce che, sempre "a pena di nullità, il contratto [debba recare] l'indicazione espressa della condizione che [...] consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo"⁷⁷.

Orbene, assunte nel loro significato letterale, queste previsioni si pre-

⁷⁵ Questa, infatti, pare l'interpretazione sistematicamente più coerente dell'art. 29, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 allorché legittima le Fondazioni – ma anche i teatri di tradizione di cui all'art. 28, l. n. 800/1967 e, più in generale, i soggetti finanziati dal Fondo Unico per lo Spettacolo – a "stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato". Ritenere nulla soltanto l'apposizione del termine, infatti, comporterebbe la prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto e tale conseguenza sarebbe del tutta antinamica rispetto al divieto di conversione a tempo indeterminato di cui si dirà al testo.

⁷⁶ V. l'art. 29, co. 3-*ter*, d.lgs. n. 81/2015.

⁷⁷ L'ultimo periodo dello stesso comma conferma "l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità" anche per i contratti stagionali, ma non pare che esso modifichi i termini della questione così come analizzata in testo.

sentano in un rapporto di continenza posto che la prima fattispecie (l'assunzione avvenuta di fatto e senza sottoscrizione di alcun documento) include la seconda (ossia, l'assunzione avvenuta in forma scritta ma senza che il contratto indichi la ragione che giustifica l'apposizione del termine).

La continenza potrebbe essere esclusa soltanto se fosse possibile riferire la nullità, nella prima ipotesi, all'intero contratto e, nella seconda, alla sola apposizione del termine. Ma, a parte il fatto che per giungere a questo secondo esito occorrerebbe forzare non poco l'interpretazione del dato letterale, una siffatta ricostruzione condurrebbe ad esiti applicativi paradossali. In entrambi i casi, infatti, il lavoratore non potrà verificare se l'assunzione a termine sia giustificata o no. Tuttavia, se ciò sarà dovuto alla mancanza di un documento negoziale, egli perderà l'impiego (e gli sarà garantita soltanto la "tutela" minimale stabilita dall'art. 2126 c.c.); se, invece, l'impossibilità dovesse derivare dall'incompletezza del documento negoziale, il lavoratore potrebbe ottenere giudizialmente il risarcimento del danno previsto dal comma 3-ter. Se così fosse, però, le fondazioni sarebbero incentivate ad assumere artisti e tecnici senza alcun documento scritto (derivandone, al più, la nullità del rapporto), piuttosto che con un documento che il giudice potrebbe ritenere incompleto (rischiando in tal caso il risarcimento automatico del danno nella misura di cui si dirà a breve). Senza contare che un assetto siffatto non offrirebbe alcuna tutela effettiva al dipendente che ha subito il pregiudizio maggiore dal comportamento negoziale altrui.

Meglio, allora, ritenere che le norme in discorso siano in rapporto di continenza e concludere che sia sufficiente la mancata (o erronea) indicazione del fatto che giustifica l'apposizione del termine, per determinare la nullità dell'intero contratto.

Ciò non toglie, comunque, che la sanzione della nullità resti ben poco appagante. Come chi scrive ha già avuto modo di argomentare in altra occasione, questo tipo di rimedio oltre a essere profondamente iniquo, perché imputa gli effetti negativi conseguenti alla violazione di norme anche alla parte contrattuale che queste dovrebbero proteggere, è affittivo solo in apparenza⁷⁸. Sul piano pratico, infatti, il lavoratore sarà disincentivato dal chiedere il controllo giudiziale sull'operato della fondazione datrice di lavoro dal

⁷⁸ Sia consentito il rinvio a PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pp.aa.: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in *Riforme del lavoro e contratto a termine*, SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), Editoriale Scientifica, 2017, p. 241.

momento che l'accoglimento della sua domanda avrebbe come conseguenza la nullità del rapporto (se ancora in corso di esecuzione) o non comporterebbe alcun vantaggio giuridico (se il rapporto dovesse essere già estinto).

8. *Il risarcimento del danno*

Come anticipato, la violazione delle norme speciali inderogabili riguardanti la costituzione, la durata massima, la proroga o i rinnovi dei contratti a termine del personale artistico e tecnico direttamente poste dal comma 3-bis dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 determina il diritto del lavoratore interessato al "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro" come alternativa alla "conversione" del rapporto a tempo indeterminato (esplicitamente esclusa)⁷⁹. Alle fondazioni, inoltre, è imposto "l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave"⁸⁰.

Si tratta di una previsione che riproduce quasi pedissequamente l'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001, con l'unica differenza che quest'ultima previsione vieta la conversione del rapporto "in ogni caso [di] violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori" da parte delle amministrazioni pubbliche⁸¹. Proprio questa analogia consente di intendere il risarcimento del danno dovuto dalle fondazioni alla stregua del diritto vivente formatosi sulla norma diretta alle amministrazioni pubbliche. Com'è noto, infatti, l'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001 è stato oggetto di una complessa vicenda interpretativa che ha preso origine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla necessità di individuare – anche in questo caso – una mi-

⁷⁹ Così l'art. 29, co. 3-ter, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Un'assimilazione giustificata se il divieto di conversione è interpretato come funzionale al controllo della spesa pubblica e si tiene nella dovuta considerazione che le fondazioni in discorso, pur avendo natura giuridica privata, sono incluse nell'elenco delle unità istituzionali annualmente redatto dall'ISTAT al fine di compilare il conto economico consolidato e di individuare gli aggregati rilevanti per il rispetto del Protocollo sulla *Procedura per i Deficit Eccessivi* annesso al Trattato di Maastricht (Reg. UE n. 549/2013). Opinione contraria è sostenuta da NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle fondazioni*, cit., p. 340, proprio in ragione della natura privata delle fondazioni. Ambigua la posizione di RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche*, cit., p. 285, che vede nella disposizione di cui al testo una conferma dell'"impronta pubblicistica" delle fondazioni.

sura punitiva dall'efficacia afflittiva e deterrente adeguata a garantire al lavoratore pubblico una protezione effettiva contro gli abusi delle assunzioni a termine⁸². Basti ricordare che è ormai diritto vivente l'orientamento che interpreta l'art. 36, co. 5, nel senso che l'indennizzo ivi previsto sia dovuto *automaticamente* – cioè, senza alcuna necessità di provare il danno – in un ammontare variabile a discrezione del giudice tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto⁸³. Il dipendente pubblico, peraltro, può ottenere un risarcimento anche maggiore se dimostra, mediante presunzioni, la perdita di *chance*⁸⁴. Orbene, la Corte di Giustizia ha valutato questo rimedio compatibile con il diritto sovranazionale, dal momento che gli Stati membri non sono obbligati a prevedere né “la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato” né, in alternativa, a stabilire l'ammontare di eventuali indennizzi in misura tale da compensare la mancanza di una siffatta conversione del contratto⁸⁵; e, per le stesse ragioni, è stato ritenuto pienamente conforme all'art. 117, co. 1, Cost. dalla Corte costituzionale⁸⁶.

Certo, sarebbe stato meglio se il legislatore avesse formulato il comma 3-ter dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015 fissando direttamente i valori minimo e massimo entro i quali il giudice è tenuto a quantificare il danno. Ma il fatto che ciò non sia avvenuto non pare sia significativo o, comunque, tale da permettere ai giudici di pervenire a conclusioni diverse rispetto a quelle già raggiunte in ambito pubblico.

Ancora più incerto è un altro aspetto. La nullità e il risarcimento del danno riguardano esclusivamente le assunzioni del personale artistico e tecnico e sono applicabili, rispettivamente, in presenza di vizi genetici formali e nell'ipotesi di costituzione o di rinnovo del rapporto nonché di proroga del termine in violazione delle regole “inderogabili” direttamente poste dal-

⁸² La letteratura sul tema è copiosissima. Per una recente e ben informata riflessione, nonché per un'attenta ricostruzione del dibattito, v. ALAIMO, *Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”*. *Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, CARUSO (a cura di), *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” Collective Volumes - 8/2019*.

⁸³ Il parametro di determinazione del danno e i relativi criteri di liquidazione sono analogicamente individuati da questa giurisprudenza nell'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁴ Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5072.

⁸⁵ CGUE 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, spec. punto 47.

⁸⁶ Corte cost. 27 dicembre 2018, n. 248.

l'art. 29, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2015. Resta da stabilire, invece, di quali protezioni disponga lo stesso personale artistico e tecnico in caso di violazione dei vincoli e delle condizioni posti da norme diverse dal comma 3-*bis* (si pensi, ad esempio, ai divieti di assunzione elencati dall'art. 20, d.lgs. n. 81/2015 e, soprattutto, a quello posto a carico dei datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la salute e per la sicurezza dei lavoratori); e, soprattutto, di quali tutele disponga il personale amministrativo, i cui rapporti sono assoggettati alle norme sostanziali di applicazione generale dettate dal d.lgs. n. 81/2015. Ampliando il campo della riflessione, inoltre, ci si avvedrà che un identico problema si pone per tutto il personale dipendente dalle fondazioni, qualunque sia il profilo professionale di appartenenza, nelle ipotesi di abuso di altre forme di reclutamento flessibile quali il contratto di lavoro intermittente⁸⁷ o la somministrazione di manodopera; o, ancora, nell'ipotesi di riqualificazione giudiziaria degli incarichi di lavoro autonomo allorché dissimolino una relazione lavorativa di natura subordinata.

A parere di chi scrive, infatti, dalla natura giuridica privata delle fondazioni e dalla vigenza di un apparato sanzionatorio speciale per il personale artistico/tecnico coinvolto nelle fattispecie tipizzate dai commi 3-*bis* e 3-*ter* non è possibile indurre che, nei casi ora elencati, siano applicabili le sanzioni e i rimedi previsti per i datori di lavoro privati (dalla nullità dell'apposizione del termine alla prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto, solo per fare alcuni esempi). Per quanto poco appagante, al contrario, è plausibile sostenere che l'indefettibilità delle procedure selettive pubbliche per le assunzioni a tempo indeterminato abbia come corollario l'impossibilità di stabilire *per via giudiziaria* l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato⁸⁸ o l'efficacia a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro flessibile dei quali le

⁸⁷ Il riferimento è a quell'orientamento interpretativo che sanziona la violazione delle regole sulla legittimazione a stipulare e i divieti di assunzione con contratto di lavoro intermittente con la trasformazione a tempo indeterminato, oltre che a orario pieno, del rapporto di lavoro. In termini, seppure tramite percorsi argomentativi diversi, Circ. Min. Lav. n. 20/2012; Circ. Isp. Naz. Lavoro n. n. 49/2018; Trib. Milano 19 giugno 2017, n. 1806 e 20 giugno 2017, n. 1810, in *RGL*, 2018, II, p. 57; Trib. Vicenza 19 luglio 2017, n. 343; Trib. Bari 8 marzo 2018, nn. 929, 930 e 931, tutte inedite a quanto consta. Le ultime tre sentenze avevano quale convenuta una Fondazione lirico-sinfonica (seppure i contratti *sub iudice* siano stati stipulati in un periodo antecedente l'entrata in vigore dell'obbligo di procedure selettive ad evidenza pubblica per le assunzioni a tempo indeterminato).

⁸⁸ Si pensi, ad esempio, alle conseguenze di una somministrazione irregolare *ex art.* 38, d.lgs. n. 81/2015.

fondazioni abbiano abusato. Diversamente opinando, e come argomentato dalla Cassazione in una serie di sentenze relative alle società a partecipazione pubblica, le fondazioni interessate a scegliere chi assumere avrebbero a disposizione un comodo stratagemma per eludere l'obbligo di selezionare i lavoratori in modo imparziale: sarebbe sufficiente violare strumentalmente una o più regole sull'assunzione o sull'impiego dei lavoratori per creare, in capo agli interessati, un diritto alla prosecuzione (o alla conversione) a tempo indeterminato del rapporto⁸⁹. Ciò non implica, però, che la violazione da parte del datore di lavoro di norme inderogabili in materia di forme *flessibili* di impiego si riverberi sulla validità del rapporto determinandone la nullità (e la conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c.)⁹⁰. Al contrario, i rapporti di lavoro sarebbero validamente instaurati ma non potrebbero mai proseguire a tempo indeterminato in ragione dell'impedimento implicitamente derivante dal principio di indefettibilità delle procedure selettive combinato con l'applicazione analogica dell'art. 29, co. 3-ter, d.lgs. n. 81/2015; ma il lavoratore avrebbe quanto meno diritto al risarcimento del danno che, sempre per l'applicazione analogica di quest'ultima previsione, quanto meno nel caso dei rapporti di lavoro a termine, dovrebbe essere *in re ipsa* e calcolato, come ricordato, tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione.

Sempre con riferimento specifico alle assunzioni a termine, peraltro, si può perfino pensare che l'estensione analogica dell'art. 29, co. 3-ter, d.lgs. n. 81/2015 al personale artistico e tecnico nel caso di violazione di previsioni sull'assunzione e sull'impiego diverse da quelle poste dal comma 3-bis nonché al personale amministrativo sia costituzionalmente doverosa perché, riducendo le differenze di trattamento giuridico tra situazioni omogenee e tra categorie di personale dipendente dallo stesso datore di lavoro, assicura il rispetto del principio di uguaglianza formale.

⁸⁹ Così, ad esempio, Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621, par. 2.5, in un caso che riguardava l'illegittimità del patto appositivo del termine; ma v. anche Cass. 19 marzo 2018, n. 6818; Cass. 19 marzo 2018, n. 6772; Cass. 8 marzo 2018, n. 5525; Cass. 8 marzo 2018, n. 5524; Cass. 7 marzo 2018, n. 5395; Cass. 1° marzo 2018, n. 4897; Cass. 22 febbraio 2018, n. 4358. Più recentemente, Cass. 7 febbraio 2019, n. 3662, par. 53-54.

⁹⁰ Sfuggirebbe alla ricostruzione di cui al testo solo l'ipotesi di riqualificazione per via giudiziaria degli incarichi di lavoro autonomo "a tempo indeterminato" che dissimulino un impiego subordinato. In questo caso, infatti, si realizza una violazione delle regole sul reclutamento a tempo indeterminato e ciò comporta, per espressa previsione dell'art. 22, co. 2-bis, d.lgs. n. 367/1996, la nullità del rapporto.

9. *Alcune considerazioni conclusive*

A questo punto dovrebbe essere chiaro perché, in apertura, si è scritto di una comune logica regolativa che caratterizzerebbe il vecchio e il nuovo quadro normativo. A prescindere dal fenomeno contingente delle stabilizzazioni, infatti, il legislatore ha apportato un mero aggiustamento all'assetto disciplinare degli organici e del reclutamento a tempo indeterminato. Nel caso dell'approvazione ministeriale delle dotazioni organiche, in particolare, c'è addirittura un ritorno all'esperienza remota degli enti lirici e una divergenza perfino rispetto all'assetto delle amministrazioni pubbliche (le quali hanno ormai sostituito le dotazioni organiche con il più flessibile piano dei fabbisogni di personale)⁹¹. L'unica discontinuità rispetto al passato riguarda le assunzioni a termine, prima semplicemente escluse dal campo di applicazione delle regole generali e ora, invece, assoggettate a una disciplina speciale articolata in ragione delle peculiarità del settore. Tuttavia, anche questa novità potrebbe essere più formale che reale se, come argomentato, le fondazioni dovessero sfruttare la possibilità di assumere per "attività stagionali" al fine di perpetuare, anziché modificare, quell'insieme di pratiche organizzative consolidate che sono all'origine della precarizzazione dei rapporti di lavoro. Del resto, salvo che non la si valuti come una svista del legislatore, la circostanza stessa che una siffatta opportunità esista dimostra plasticamente la perdurante difficoltà di trovare un compromesso socialmente accettabile tra l'urgenza di contenere (e rendere più produttiva) la spesa per il personale e la necessità, parimenti avvertita, di garantire alle fondazioni "la prosecuzione delle loro attività istituzionali"⁹².

Anche questa manovra, in definitiva, è il prodotto di un'azione politica determinata dalle emergenze e i cui effetti possono avere un segno positivo soltanto nel breve periodo; o, se si preferisce, di una cultura politica che, nonostante le impegnative dichiarazioni di principio, è incapace di individuare e sciogliere i nodi problematici strutturali di un settore⁹³. Così, se davvero il

⁹¹ V.l'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 come sostituito dall'art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75; e le *Linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni pubbliche* allegate al D.M. Fun. Pub. 8 maggio 2018, p. 10.

⁹² Questa è una delle finalità dell'intervento legislativo dichiarate dall'art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

⁹³ Si tratta di un processo che chi scrive ha già indagato con riferimento alle riforme del lavoro pubblico. Per chi fosse interessato, v. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, 2013, pp. 286 ss.

legislatore avesse voluto porre le basi di un “rilancio [delle fondazioni lirico-sinfoniche] in termini di programmazione e di sviluppo” e della crescita “dei settori economici connessi”⁹⁴, avrebbe dovuto tornare a occuparsi della distribuzione del potere all’interno delle fondazioni, delle precondizioni giuridiche per una loro effettiva gestione *manageriale*, dei presupposti indispensabili affinché anche le realtà artistiche con storia, prestigio e bacino di utenza minori possano realmente intercettare capitali privati e sponsorizzazioni. Nulla, insomma, che possa essere minimamente modificato da una riforma delle assunzioni, a tempo indeterminato o a termine che siano.

⁹⁴ Cfr. nuovamente l’art. 1, co. 1, d.l. n. 59/2019.

Abstract

Il saggio esamina la più recente disciplina del reclutamento ad opera delle fondazioni lirico-sinfoniche. La tesi che si sostiene è che essa sia stata dettata da esigenze contingenti (le necessità di controllare la spesa per il personale, di porre un freno agli abusi del contratto a termine e di sanare le situazioni pregresse) ma che, nonostante le apparenze, essa non introduca alcuna discontinuità nelle logiche di regolazione rispetto al passato né appresti soluzioni adeguate a prevenire il reiterarsi dei fenomeni che si intendono contrastare.

The essay examines the most recent discipline of recruitment in the operatic and orchestral foundations sector. The A. argues that the provisions have been dictated by contingent needs (such as controlling personnel costs, placing measures to prevent the misuse of successive fixed-term employment contracts or relationships and dealing with previous cases) but, despite appearances, they neither introduce any discontinuity in the regulatory logic with respect to the past or offer adequate solutions to prevent the reiteration of the phenomena which are intended to be countered.

Key words

Fondazioni lirico-sinfoniche, condizioni per il reclutamento a tempo indeterminato, procedure di stabilizzazione, abuso dei contratti a termine, misure di prevenzione degli abusi.

Operatic and orchestral foundations, conditions for permanent recruitment, procedures for special recruitment, misuse of successive fixed-term employment contracts or relationships, measures to prevent the misuse.

Charles Szymanski

Gli approcci alla *platform economy* nel diritto del lavoro americano*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Datore di lavoro o *app*? 3. *Gig workers* come lavoratori autonomi o subordinati. 4. Soluzioni per il dilemma: un diverso approccio giudiziario e legislativo negli Stati Uniti. 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La *sharing economy* è un fenomeno globale, ma ha il suo epicentro negli Stati Uniti d'America. A seconda della prospettiva dalla quale la si guarda, essa ha prodotto effetti positivi e negativi. Ciò può essere illustrato osservando due esempi, Uber e Airbnb. Attraverso Uber e la sua applicazione informatica (“app”), gli autisti utilizzano la propria vettura (in tal senso, “sharing”) per accompagnare i clienti alle varie destinazioni, molto spesso all'interno della città. Attraverso la sua *app*, il cliente paga Uber e, in seguito, Uber trasmette il pagamento (meno una commissione trattenuta da Uber stesso) all'autista.

Con Airbnb (e attraverso il suo sito web), le persone danno in affitto i loro appartamenti (o case o camere) a clienti che cercano un alloggio a uso transitorio (di nuovo, “condividendo” l'appartamento). Airbnb rimette il pagamento al proprietario, ridotto di una tassa trattenuta da Airbnb stesso.

In entrambi i casi, l'utente trae un beneficio. L'utilizzo dell'*app* Uber è un modo semplice ed economico di ottenere un passaggio, contrariamente all'utilizzo di un taxi per lo stesso servizio. Analogamente, con l'avvento di Airbnb, gli utenti hanno una grande varietà di scelta nella ricerca di alloggi

* La traduzione dall'inglese è di Chiara Pizi.

per una vacanza o per un breve soggiorno; non sono più costretti a utilizzare sempre hotel del medesimo standard. C'è, inoltre, un beneficio anche per gli autisti di Uber e gli *hosts* di Airbnb, i quali possono trarre un profitto dalle loro case e appartamenti e beneficiare di un'entrata aggiuntiva.

Tuttavia, c'è anche un inconveniente. C'è una ragione per cui gli operatori della *sharing economy* sono chiamati *disrupters*¹. I taxi e gli hotel tradizionali hanno perso un'importante quota di mercato, da quando Uber e Airbnb hanno sovvertito il loro modello imprenditoriale. Nel diritto del lavoro, i singoli lavoratori potrebbero aver perso qualcosa, e cioè il loro status di dipendenti. Gli autisti di Uber (o altri fornitori di servizi per le imprese della *sharing economy*) potrebbero essere considerati lavoratori autonomi o piccoli imprenditori, piuttosto che tradizionali lavoratori subordinati. Come lavoratore subordinato, si può contare sul beneficio di essere tutelati dalla normativa antidiscriminatoria, che protegge il lavoratore dalle forme di discriminazione sul luogo di lavoro, fornendo rimedi sostanziali (incluso il risarcimento danni) nel caso in cui il datore di lavoro violi tale normativa. I lavoratori godono, altresì, della protezione riguardante il salario minimo e lo straordinario, la normativa sui *benefits* per il dipendente (che, potenzialmente, danno loro diritto a un sicuro pensionamento, assistenza medica e partecipazione agli utili), e la normativa che consente loro di associarsi in sindacati, per esempio². Assumendo che la *sharing economy* sia il futuro, più soggetti passeranno dall'essere tradizionali lavoratori subordinati a lavoratori autonomi, e conseguentemente perderanno le suddette forme di protezione. In tal senso, la *sharing economy* ha tutto il potenziale per sovvertire, in modo efficace, anche la tradizionale normativa sul lavoro³.

¹ V. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *MiLR*, 2016, pp. 115-116.

² V. KEETON, *An Uber Dilemma: The Conflict between the Seattle Rideshare Ordinance, the NLRA, and For-Hire Workers Classifications*, in *GJR*, 2017, pp. 211-212.

³ Alcuni studiosi hanno sostenuto che la *sharing economy* non sgretoli necessariamente i concetti elaborati dal diritto del lavoro tradizionale, dal momento che ci sono stati precedenti simili a quelli del *gig work* e delle *platforms*. In tal senso, ACEVEDO, *Invisible Bosses for Invisible Workers, or Why the Sharing Economy is Actually Minimally Disruptive*, in *UCLF*, 2017, p. 35; SANJUKTA, *Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications*, in *BJELL*, 2017, p. 233. Nonostante l'esistenza di tali precedenti, tra cui vanno inclusi i casi del lavoro parziale nell'industria tessile e dei centri di impiego nel settore dell'edilizia negli Stati Uniti, come si è spiegato in precedenza, è stato di certo complicato, per le corti, applicare i vecchi *legal test* al contesto della *sharing economy* e non può negarsi che l'entità di questa stia creando un effetto di disgregazione dei modelli di lavoro tradizionali.

Recentemente, le corti e i legislatori negli Stati Uniti hanno cominciato a misurarsi con importanti interrogativi che la *sharing economy* introduce nel diritto del lavoro, in particolare sullo status dei *gig workers* quali lavoratori subordinati o lavoratori autonomi. Analogamente, gli accademici hanno tentato di suggerire alcune strade per affrontare tale questione. Quanto segue è un esame e un'analisi delle più recenti decisioni giudiziarie chiave, degli interventi legislativi e della letteratura accademica sulla materia, con suggerimenti e raccomandazioni per il futuro. In particolare, si è discusso in merito all'introduzione di un test semplificato per lo status di lavoratore subordinato, con la conseguenza che molti *gig workers* possano essere qualificati come lavoratori subordinati o che possano essere garantiti ai *gig workers* i diritti di contrattazione collettiva – indipendentemente dal loro status di lavoratore autonomo – per consentire loro di negoziare forme di tutela adeguate nella nuova *platform economy*.

2. *Datore di lavoro o app?*

Ci sono due fattori piuttosto ovvi da analizzare al fine di determinare se esista un rapporto di lavoro tra un'azienda della *sharing economy* e una persona. L'azienda dovrebbe essere considerata come datore di lavoro e il singolo prestatore come lavoratore subordinato. Mentre le domande sono chiare, le risposte spesso non lo sono. A un livello più generale, per il diritto del lavoro e per altri settori del diritto (tributario, amministrativo, etc.), la domanda iniziale è se piattaforme come Uber siano imprese tecnologiche (*app* utilizzate dai consumatori) o aziende di trasporto.

In *O' Connor v. Uber*⁴, la Corte ha affrontato entrambe le problematiche. In quel caso, gli autisti di Uber hanno presentato una *class action* dichiarando di essere stati erroneamente classificati come lavoratori autonomi piuttosto che come lavoratori subordinati. A causa di questa erronea classificazione, gli autisti non hanno ricevuto il pagamento delle mance, del tempo di attesa tra corse/chiamate dei clienti ("*on-call time*") e del chilometraggio (un rimborso per il carburante e l'usura della vettura dell'autista), al quale avrebbero avuto diritto secondo la normativa lavoristica californiana. In più, un'altra legge vi-

⁴ V. U.S. District Court, N.D. California, sentenza 11 marzo 2015, *O'Connor v. Uber*, 82 F. Supp.3d, 1133.

gente in California, il *Private Attorney Generals Act* (PAGA), consente ai singoli di avviare un processo al fine di ottenere alcune sanzioni amministrative. È utile ricordare in questo caso che la normativa della California impone sanzioni amministrative aggiuntive ai datori di lavoro che violano disposizioni della normativa statale lavoristica (per esempio, non corrispondendo le mance, il rimborso concernente il chilometraggio, ecc.). In base al PAGA, i lavoratori che presentano un reclamo trattengono, se il reclamo è accolto, il 25% della sanzione, mentre il restante 75% è corrisposto allo Stato della California. Il caso di specie ha avuto enormi implicazioni finanziarie per entrambe le parti: la categoria degli autisti ha potenzialmente raggiunto oltre 225.000 prestatori e il valore della controversia è arrivato a 1,9 miliardi di dollari⁵.

In un primo momento, la Corte si è occupata della tesi, sostenuta da Uber, che quest'ultima non fosse un'azienda di trasporto e che pertanto non intrattenesse rapporti di lavoro con gli autisti. Piuttosto, stando alla tesi di Uber, questa era innanzitutto una società tecnologica, un'applicazione informatica che fornisce il servizio di aiutare autisti e singoli individui nella ricerca, rispettivamente, di clienti o corse. In particolare, Uber ha obiettato che gli autisti “sono semplicemente suoi clienti che acquistano *dispatches* (ndt: consegne) che potrebbero o no dar luogo a corse effettive”. Infatti, Uber rileva che i termini contrattuali prevedono che l'azienda non sia sottoposta ad alcun obbligo di garantire che i *riders* ottengano effettivamente delle corse. Pertanto, Uber si propone come un mero intermediario tecnologico tra potenziali *riders* e potenziali autisti⁶.

Ad ogni modo, questa tesi è stata rigettata. La Corte ha spiegato come il *focus* di Uber sulla propria applicazione e sulla tecnologia ivi utilizzata fosse fuori luogo. La chiave di volta stava in ciò che Uber effettivamente faceva e non nella tecnologia utilizzata per realizzarlo. Infatti, secondo la Corte “Uber ha progettato un *software* per connettere autisti e passeggeri, ma questo è un mero strumento utilizzato nell'ambito di un'organizzazione molto più ampia. Uber non vende semplicemente un *software*, ma vende corse. Uber non è una ‘azienda tecnologica’ più di quanto non lo sia Yellow Cab perché adopera bande di frequenza radio per inviare taxi; John Deere sarebbe un'‘azienda tecnologica’ perché usa i suoi computer e robot per produrre

⁵ U.S. District Court, N.D. California, sentenza 18 agosto 2016, *O'Connor v. Uber*, WL 4398271, 1, 11, 17.

⁶ *O'Connor*, cit., 2015, 1141.

tosaerba, Domino Sugar è un'«azienda tecnologica» perché usa le moderne tecniche di irrigazione per coltivare canna da zucchero. Infatti, pochissime imprese (se non nessuna) possono essere considerate società tecnologiche se ci si concentra esclusivamente su come creano o distribuiscono i loro prodotti. Se ci si concentrasse sull'aspetto sostanziale di ciò che l'impresa, effettivamente, fa (ad esempio, vende corse in taxi, tosaerba, zucchero), è chiaro che Uber potrebbe essere, a giusta ragione, ritenuta un'azienda di trasporto, ancorché molto sofisticata dal punto di vista tecnologico⁷.

Un altro fattore critico in favore della tesi di Uber come azienda di trasporto stava nel fatto che essa riceveva commissioni, solo laddove l'autista completasse la corsa con un cliente. Gli autisti non avrebbero pagato alcuna commissione, se non avessero ottenuto alcun cliente attraverso l'*app*. Questo ha indebolito la tesi di Uber per cui gli autisti sarebbero meri utenti che si servono dell'*app* per connettersi, proprio perché gli autisti non corrispondono nulla ad Uber per l'utilizzo infruttuoso dell'*app* nel tentativo di ottenere corse. Senza autisti che completano le corse, Uber non riceverebbe alcuna commissione. Ecco perché, senza *drivers*, Uber non esisterebbe. Le commissioni addebitate ai *riders*, in più, sono state unilateralmente fissate e riscosse da Uber. Gli autisti non esercitano alcun ruolo in tale determinazione⁸.

Infine, Uber controllava chi potesse diventare autista. Si sincerava che i suoi autisti possedessero qualifiche e competenze minime e rimuoveva quei *drivers* che non rispettassero gli standard minimi di qualità previsti da Uber⁹.

In conseguenza di ciò, la Corte ha stabilito che Uber fosse un'azienda di trasporto che riceveva un servizio dai suoi autisti, e non una mera *app* che si serviva dei *drivers* quali clienti¹⁰. Ad ogni modo, questa non è la conclusione dell'analisi, poiché la questione riguardante la qualificazione dei *drivers* come lavoratori subordinati o autonomi deve ancora essere risolta.

3. Gig workers come lavoratori autonomi o subordinati

Assumendo che la piattaforma non sia semplicemente un'*app* che leghi consumatori e altre imprese a dei servizi, ma che consista invece in un *busi-*

⁷ O'Connor, cit., 2015.

⁸ O'Connor, cit., 2015, 1142.

⁹ O'Connor, cit., 2015, 1142-1143.

¹⁰ O'Connor, cit., 2015, 1145.

ness (trasporto, consegna di cibo a domicilio, ecc.) per il quale un singolo fornisce un servizio, potrebbe esserci un rapporto di lavoro sottostante.

La Corte, in *O' Connor*, dopo aver determinato che Uber era effettivamente un'azienda di trasporto, andò ad analizzare se i *drivers* fossero lavoratori autonomi o subordinati. Fece ciò utilizzando la formula piuttosto complessa adottata in California per determinare lo status di lavoratore subordinato. In conformità a questo test, laddove una persona fornisca un servizio per un datore di lavoro, allora si dovrebbe andare a determinare se il datore stesso abbia o no il potere di esercitare un controllo sul lavoro di quella persona.

L'aspetto più critico stava nell'andare a determinare se il datore di lavoro avesse tale potere di controllo e non necessariamente se il datore lo avesse esercitato. Il potere di controllo è sicuramente il più importante, ma non l'unico fattore da analizzare per determinare lo status di lavoratore subordinato¹¹. Ci sono anche altri 13 indizi "secondari", utilizzati per chiarire tale questione. I criteri secondari sono i seguenti: "(a) se chi svolge servizi sia impegnato in una distinta occupazione o affare; (b) il tipo di occupazione, andando a guardare se, in quella località, quel lavoro sia solitamente svolto sotto la direzione di un soggetto o svolto da un esperto senza supervisione; (c) la competenza richiesta in quella particolare attività; (d) se i beni strumentali, le attrezzature e il luogo di lavoro per la persona che lo svolge siano determinati dall'impresa o dal lavoratore; (e) il tempo che deve essere impiegato per svolgere tali servizi; (f) la modalità di retribuzione, se oraria o sulla base del lavoro svolto; (g) se quel lavoro sia o no parte di una regolare organizzazione del datore di lavoro; e (h) se le parti credano di stare oppure no dando luogo a un rapporto tra datore di lavoro e lavoratore subordinato. [...] (1) l'opportunità di profitto o possibilità di perdita del presunto lavoratore subordinato, che dipende dalle sue competenze; (2) l'investimento del presunto lavoratore subordinato in attrezzature o materiali richiesti per la sua attività o per l'impiego dei suoi collaboratori; (3) se il servizio reso richieda una specifica competenza; (4) la durata del rapporto di lavoro e (5) se il servizio reso sia parte integrante dell'organizzazione del presunto datore di lavoro"¹².

Applicando questo test, la Corte ha ritenuto che una giuria avrebbe potuto effettivamente riscontrare l'esistenza del potere da parte di Uber di eser-

¹¹ *O' Connor*, cit., 2015, 1138-1139.

¹² *O' Connor*, cit., 2015, 1139.

citare il controllo sui suoi autisti. Uber ha mantenuto il diritto di escludere *drivers* a suo piacimento e l'ha fatto tramite il sistema della valutazione basata sull'attribuzione di "stelle" (valutazioni del conducente fatte dagli utenti). Ha anche stabilito linee-guida sui modi di prelevare i clienti, sul tipo di musica da ascoltare e ha richiesto che i conducenti tenessero sempre un ombrello in auto. Questi erano forti indizi dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra Uber e i suoi conducenti. Al contrario, Uber ha ribattuto che queste fossero solo raccomandazioni non vincolanti, indicazioni alle quali ci si aspettava che gli autisti si attenessero sulla base delle linee-guida¹³.

Uber ha sostenuto che la possibilità da parte dei *drivers* di rifiutarsi di attenersi alle raccomandazioni dimostrasse che l'azienda non aveva alcun controllo sul loro lavoro. Ciononostante, la Corte ha rilevato come Uber si aspettasse che i conducenti accettassero ogni raccomandazione e che avrebbe vigilato sui *drivers* che avessero ricevuto un numero eccessivo di rifiuti. In più, il fattore-chiave si trovava, non nella quantità di controlli che i *drivers* subivano sulla quantità di lavoro o sui propri programmi, ma stava nel chiedersi se Uber avesse il diritto di esercitare un controllo su questi *mentre* lavoravano¹⁴.

Passando al criterio secondario, la Corte ha affermato come quei fattori caratterizzassero entrambe le strade, ossia a favore e contro lo status di lavoro subordinato. Presumibilmente, il lavoro dei *drivers* non richiedeva una specifica competenza (al contrario dei conducenti di camion, che hanno bisogno di una speciale licenza), e rappresentava una parte integrante dell'organizzazione del datore di lavoro (provvedere al trasporto). D'altra parte, i *drivers* provvedevano al proprio equipaggiamento personale (le proprie macchine, ma non i propri *smartphone* che erano forniti da Uber), e firmavano accordi secondo i quali non vi era alcun vincolo di subordinazione¹⁵.

Per finire, vi erano elementi sufficienti per sostenere l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, tali da consentire alla Corte di inviare il caso alla giuria per la decisione finale della questione. Nel prendere questa decisione, la Corte rilevò che l'applicazione del test fondato sui 13-14 indizi, per determinare lo status di lavoratore subordinato non fosse necessariamente il metodo migliore o il più semplice per rispondere alla questione posta nella nuova *sharing economy*: "L'applicazione del tradizionale *test of employment* –

¹³ O'Connor, cit., 2015, 1149-1151.

¹⁴ O'Connor, cit., 2015, 1152.

¹⁵ O'Connor, cit., 2015, 1152-1153.

un test che ha visto la sua evoluzione sotto un modello economico molto diverso rispetto alla nuova *'sharing economy'* – per il modello organizzativo di Uber crea difficoltà significative. Verosimilmente, molti dei fattori presi in considerazione in quel test appaiono, in questa situazione, obsoleti. Altri fattori, che potrebbero senza dubbio riflettere le odierne realtà economiche (come la proporzione tra i ricavi generati e condivisi dalle rispettive parti, il loro rispettivo potere contrattuale e la gamma di scelte disponibili per entrambe le parti), non sono espressamente contemplati dal [tradizionale] test. Potrebbe accadere che il legislatore o le corti, col tempo, perfezionino o rivedano tale test nell'ambito della *new economy*. È ipotizzabile che il legislatore emani delle regole specificamente dirette alla nuova cosiddetta *'sharing economy'*. Fino ad allora, questa Corte ha il compito di applicare il tradizionale test multifattoriale... al caso in esame”¹⁶.

Più recentemente, nel 2018, due corti, una in California e l'altra in Pennsylvania, hanno raggiunto risultati diversi, stabilendo che chi svolge un lavoro per le imprese della *sharing economy* sia un lavoratore autonomo. In *Lawson v. Grubhub, Inc.*¹⁷, l'azienda si occupava della consegna di cibo o pasti dai ristoranti agli utenti, organizzando l'impiego del personale per tali consegne attraverso l'utilizzo di un'*app*. Una di queste *delivery person* agì in giudizio per essere classificata come lavoratore subordinato, chiedendo che gli fosse riconosciuto il salario minimo, lo straordinario e il rimborso spese al quale avrebbe avuto diritto in base alla *California labor law*¹⁸.

Nell'affrontare tale questione, la Corte ha applicato lo stesso test multifattoriale utilizzato in *O'Connor*. Ancora una volta, il fattore più critico stava nel potere di esercitare un controllo. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che Grubhub non esercitasse un ingente controllo sul proprio personale addetto alle consegne. Come molti altri tipi di lavoro propri della *sharing economy*, il personale addetto alle consegne ha una vasta discrezionalità riguardo alla programmazione del proprio lavoro. I *deliverers* di Grubhub potrebbero prevedere nel contratto un arco temporale nel quale garantire la propria disponibilità, ma non sono soggetti ad alcun obbligo in tal senso. Potrebbero rifiutare consegne o accettarle e in seguito richiedere che la consegna sia riassegnata, anche nell'ambito di quell'arco temporale. Un beneficio

¹⁶ *O'Connor*, cit., 2015, 1153.

¹⁷ U.S. District Court, N.D. California, sentenza 8 febbraio 2018, *Lawson v. Grubhub, Inc.*, 302 F. Supp.3d, 1071.

¹⁸ *O'Connor*, cit., 2015, 1072.

derivante dal prevedere periodi temporali di disponibilità e accettare quante più richieste risiedeva nel fatto che il *deliverer* avrebbe ricevuto un compenso orario garantito (15\$ l'ora, in seguito ridotto a 11\$)¹⁹.

Grubhub non ha richiesto agli addetti alle consegne di indossare una particolare uniforme, né ha indicato quale percorso seguire per la consegna o quanto tempo impiegare. Ha, sì, verificato le registrazioni dei percorsi e dei tempi, ma gli addetti avrebbero potuto scegliere se eseguire le consegne con la propria auto o in bicicletta²⁰.

L'evidente mancanza di controllo da parte di Grubhub sui propri *deliverers* ha portato la bilancia a pendere verso la tesi dello status di lavoratore autonomo. D'altra parte, nel suo accordo con gli addetti alle consegne, Grubhub si è riservata il diritto di congedare qualsiasi addetto dando un preavviso di 14 giorni. La Corte ha notato come questo elemento suggerisse che Grubhub esercitasse, in effetti, una qualche forma di controllo sui propri addetti. Tuttavia, molti altri elementi hanno mitigato tale controllo. In primo luogo, gli addetti alle consegne non hanno fatto un investimento sostanziale nell'acquisto di un equipaggiamento adeguato per il lavoro. Se a una persona fosse chiesto di acquistare una costosa auto oppure un furgone (facendo, così, un grande investimento), e se l'azienda avesse il diritto di cessare unilateralmente il rapporto per qualsiasi ragione, ciò sicuramente incrementerebbe l'intensità del controllo dell'azienda sulla persona stessa, e farebbe propendere per lo status di lavoratore subordinato. Tuttavia, in questo caso, i *deliverers* di Grubhub avrebbero potuto usare ogni tipo di auto o perfino una bicicletta per fare consegne, e, pertanto, il loro investimento era minimo. In secondo luogo, l'addetto alle consegne disponeva altresì del diritto di risolvere il contratto con Grubhub senza giustificazione, dopo aver dato 14 giorni di preavviso. Nonostante che nel caso in questione Grubhub avesse risolto il contratto con il ricorrente per giusta causa, ciò non rappresentava la prova dell'esistenza del potere di controllo. Le aziende sono libere di risolvere il contratto anche con gli *independent contractors* (ingaggiati, ad esempio, per la cura del prato o per i servizi da giardino) per non aver svolto il lavoro che avevano promesso di compiere²¹.

Come in *O' Connor*, i fattori secondari hanno smentito entrambe le

¹⁹ *O' Connor*, cit., 2015, 1084-1086, 1077.

²⁰ *O' Connor*, cit., 2015, 1084-1085.

²¹ *O' Connor*, cit., 2015, 1086-1088.

tesi. In favore dello status di lavoratore subordinato, vi era: che i *deliverers* non gestissero un *business* distinto; che si trattasse di un lavoro che non richiedesse particolari qualità; il tipo di retribuzione (spesso oraria, laddove avessero concordato un periodo temporale di riferimento); e che la consegna del cibo fosse parte essenziale del *business* di Grubhub²². A favore della tesi del riconoscimento dello status di lavoratore autonomo, vi era che gli addetti alle consegne utilizzassero mezzi ed equipaggiamento (macchine o biciclette) propri; la breve durata del servizio dell'addetto; la mancanza di supervisione sul lavoro. Le parti avevano altresì concordato nel contratto lo status di lavoratore autonomo, ma la Corte ha evidenziato che questo punto non fosse così credibile poiché, come in questo caso, l'addetto alle consegne era la parte più debole del rapporto di lavoro²³.

Poiché il fattore principale, il potere di controllo, era a favore di Grubhub e i fattori secondari erano inconcludenti, la Corte stabilì che l'addetto alle consegne fosse un lavoratore autonomo e che pertanto non avesse diritto ad alcun *benefit* occupazionale che aveva invocato sulla base della *California labor law*²⁴. Ciononostante, la Corte ha dichiarato: “Secondo la legge della California, l'affermazione secondo cui, un individuo che svolge servizi per un altro è un lavoratore subordinato o un lavoratore autonomo, è troppo netta. Se il signor Lawson è un lavoratore subordinato, ha diritto al salario minimo, agli straordinari, al rimborso spese e alle altre indennità lavorative. Se non lo è, non ha diritto a niente. Con l'avvento della *gig economy* e la creazione di una forza lavoro a basso costo e poco qualificata, ma con un lavoro occasionale molto flessibile, il legislatore potrebbe decidere di far fronte a questa netta dicotomia. Nel frattempo, la Corte deve risolvere la questione in un modo o nell'altro...”²⁵.

In seguito, in *Razak v. Uber Technologies, Inc.*²⁶, una Corte federale in Pennsylvania si è occupata della questione dello status degli autisti di UberBlack. UberBlack è di proprietà di Uber. Una grande differenza sta nel fatto che UberBlack sia essenzialmente un servizio di limousine, che offre ai clienti corse di lusso o di alta qualità. In questo caso, i *drivers* sostennero di essere la-

²² *O'Connor*, cit., 2015, 1091.

²³ *O'Connor*, cit., 2015, 1089-91.

²⁴ *O'Connor*, cit., 2015, 1093.

²⁵ *O'Connor*, cit., 2015.

²⁶ U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, sentenza 11 aprile 2018, *Razak v. Uber Technologies, Inc.*, WL 1744467.

voratori subordinati e, in quanto tali, di non aver ricevuto il salario minimo e lo straordinario garantito dal *Fair Labor Standards Act* (FLSA, una legge federale) e altri trattamenti retributivi in base alla *Pennsylvania Wage Payment and Collection Law* (WPCL)²⁷.

La Corte in *Razak* utilizzò un test diverso rispetto a quello impiegato dalle corti nel caso *O' Connor* e *Lawson* per determinare lo status di lavoratore subordinato. In conformità a un precedente applicato dalla Corte federale in Pennsylvania, è stato utilizzato il seguente test fondato su 6 fattori: "(1) il livello del potere del datore di lavoro di controllare i modi in cui il lavoro deve essere svolto; (2) la possibilità di profitto o perdita per il datore di lavoro, sulla base delle sue competenze manageriali; (3) l'investimento del datore di lavoro in equipaggiamento o materiali richiesti per il suo incarico, o il suo impiego di collaboratori; (4) se il servizio reso richieda una competenza particolare; (5) la durata del rapporto di lavoro; e (6) se il servizio reso sia parte integrante dell'organizzazione del datore di lavoro"²⁸.

Applicando il primo fattore, la Corte ritenne che Uber non avesse il potere di controllare i *drivers* di UberBlack. Il contratto di Uber con i suoi autisti, infatti, escludeva specificamente ogni tipo di controllo; ai *drivers* non era richiesto di indossare alcuna uniforme o di collocare alcun logo di UberBlack sulle proprie vetture; e i *drivers* avevano completa autonomia nel determinare quando essere *online* e disponibili a lavorare. Sostanzialmente, i *drivers* avrebbero potuto assumere altri autisti per svolgere il proprio lavoro (le corse) e non vi era alcuna restrizione rispetto alla possibilità di lavorare per altre imprese concorrenti²⁹.

È stato riscontrato che Uber esercitasse un certo controllo nel momento in cui i *drivers* erano *online* e realizzavano le corse. Uber avrebbe potuto disabilitare i *drivers* per varie ragioni, richiedere loro di prendersi una pausa dopo 12 ore di guida, svolgere controlli sui loro precedenti personali e compiere perfino detrazioni dai loro pagamenti nei limiti in cui i *drivers* fossero muniti di assicurazioni per le loro macchine tramite Uber o suoi associati³⁰. Tuttavia, la Corte ha minimizzato l'importanza di un tale controllo, paragonandolo a quello che il proprietario di casa esercita su di un falegname che

²⁷ *Razak*, cit., 1.

²⁸ *Razak*, cit., 8, citando U.S. Court of Appeals, Third Circuit, sentenza 13 marzo 1985, *Donovan v. DialAmerica Marketing, Inc.*, 757 F.2d 1376.

²⁹ *Razak*, cit., 14-16.

³⁰ *Razak*, cit., 15.

ha assunto per fare riparazioni in casa. Il proprietario potrebbe richiedere che il falegname non indossi un determinato tipo di stivali, che non ascolti musica mentre si trova in casa, ma questo non farebbe del falegname un dipendente del padrone di casa³¹.

Il secondo, il terzo e il quinto fattore hanno analogamente pesato in favore dello status di lavoratore autonomo. I *drivers* di UberBlack controllavano la propria potenzialità di profitto o perdita determinando quanto lavorare. Giacché UberBlack era un servizio di limousine, i *drivers* necessitavano di acquistare vetture più costose per soddisfare questi standard elevati. Si trattava di investire considerevolmente nell'equipaggiamento adatto a svolgere il lavoro. Poiché gli autisti di UberBlack avrebbero potuto lavorare per la concorrenza e avrebbero potuto lavorare per Uber molto o poco secondo la loro volontà, non sussisteva un contratto di lavoro standard tra i *drivers* e Uber³².

Il quarto fattore si presentava leggermente a favore dello status di lavoratore subordinato. L'abilità di guida in sé considerata non potrebbe essere ritenuta speciale, sebbene guidare una limousine ed essere al servizio della clientela senza dubbio richiedesse più talento rispetto alla guida di una vettura normale. L'ultimo fattore, il sesto, al contrario, ha supportato la tesi sullo status di lavoratore subordinato. Gli autisti di UberBlack erano parte essenziale e integrante del modello organizzativo di Uber. Senza *drivers*, Uber non sarebbe esistita³³.

Esaminando i fattori nel loro complesso, la Corte ha stabilito che i *drivers* di UberBlack fossero lavoratori autonomi. Si è distinta dal caso *O' Connor* rilevando che, sulla base della legge della California, Uber avesse l'onere di provare che i suoi *drivers* non fossero lavoratori subordinati. In Pennsylvania, la situazione fu ribaltata e la legge applicabile fece ricadere l'onere della prova sui *drivers*, che avrebbero dovuto dimostrare di non essere *independent contractors*³⁴.

È interessante notare che la Corte in *Razak*, come i giudici nei casi *O' Connor* e *Lawson*, abbia lamentato apertamente le difficoltà nell'applicare la tradizionale normativa sul lavoro ad una situazione lavorativa totalmente nuova, creata dall'avvento della *sharing economy*. La Corte ha stabilito che

³¹ *Razak*, cit., 16.

³² *Razak*, cit., 16-19.

³³ *Razak*, cit., 18-19.

³⁴ *Razak*, cit., 14.

“[...] prima di approcciarsi alla distinzione tra lavoratori subordinati e autonomi, ... queste due categorie non sono soltanto due tipi di rapporto lavorativo tutelati dalla legge, anche se possono essere le uniche relazioni rilevanti nel caso concreto. Le *Transportation network companies* (“TNCs”), come Uber e il suo maggiore concorrente americano, Lyft, presentano una nuova forma di organizzazione che sicuramente non esisteva dieci anni fa, disponibile mediante l’utilizzo di “app” installate sugli *smartphone*. Con il tempo, queste forme di organizzazione potrebbero realizzare nuove concezioni dello status di impiego³⁵. Si è ulteriormente ipotizzato che il rapporto tra *drivers* e Uber potrebbe essere meglio descritto come un accordo commerciale di “*joint venture*”³⁶.

4. Soluzioni per il dilemma: un diverso approccio giudiziario e legislativo negli Stati Uniti

La richiesta di cambiamento fatta nei casi *O'Connor*, *Lawson* e *Razak* non è rimasta inascoltata³⁷. Le Corti, i legislatori e gli accademici negli Stati Uniti hanno proposto una gamma di soluzioni al dilemma dell’applicazione della tradizionale normativa lavoristica alle nuove situazioni introdotte dalla *sharing economy*.

In *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*³⁸, la Corte Suprema della California (esercitando la propria autorità di *common law*) ha rivisto radicalmente il test per determinare lo status di lavoratore autonomo/lavoratore subordinato³⁹. La Corte ha condiviso le critiche sulla base delle quali il test fondato sui 13-14 fattori, utilizzato fino a quel momento, richiedesse un cambiamento alla luce dei tempi moderni, in particolar modo per le controversie sul salario e l’orario di lavoro. Di conseguenza, fu istituito un nuovo

³⁵ *Razak*, cit., 13.

³⁶ *Razak*, cit., 13, n. 7.

³⁷ La loro richiesta è stata accolta dalle altre Corti. In tal senso, U.S. District Court, N.D. California, sentenza 11 marzo 2015, *Cotter v. Lyft*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1081-82.

³⁸ Supreme Court of California, sentenza 30 aprile 2018, *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*, 4 Cal.5th 903.

³⁹ Per i commenti dottrinali sul caso *Dynamex v. BURDICK*, *Dynamex Operations East, Inc. v. Superior Court*, in *BJELL*, 2019, 1, p. 169; SEIBERT, *Protecting the Little Guys: How to Prevent the California Supreme Court’s New “ABC” Test from Stunting Cash-Strapped Startups*, in *JBEL*, 2019, 1, II, p. 181 ss.

standard semplificato, conosciuto come test ABC. In conformità a questo test, in primo luogo, un organismo avrebbe avuto l'onere di provare che la persona che svolgeva quel lavoro fosse un lavoratore autonomo piuttosto che subordinato. In secondo luogo, per far fronte a tale onere, l'organismo avrebbe dovuto provare *ognuno* dei seguenti fattori: “(A) che il lavoratore sia libero dal controllo e dalla direzione, in merito all’esecuzione del lavoro, dell’organismo che l’ha ingaggiato; (B) che chi svolge il lavoro sia esterno all’organizzazione ordinaria di chi l’ha ingaggiato; e (C) che il lavoratore sia abitualmente impegnato in una forma di negoziazione, occupazione o *business* indipendentemente istituito e della stessa natura del lavoro svolto”⁴⁰.

In seguito, è stato presentato dal legislatore della California il *California Assembly Bill*, al fine di codificare la sentenza *Dynamex*. Approvato dal governatore della California a settembre 2019 la legge produrrà i suoi effetti da Gennaio 2020. La legge ha introdotto alcune eccezioni, rimuovendo i medici, gli avvocati, gli agenti assicurativi, i marinai e i commercianti dall’ambito di applicazione del test ABC⁴¹.

Sulla base dello standard di *Dynamex*, sarebbe molto più difficile per le aziende della *sharing economy* stabilire se i loro siano lavoratori autonomi o subordinati. Il fattore B del test creerebbe delle particolari difficoltà nello stabilire, per esempio, che i lavoratori stiano svolgendo un lavoro al di fuori dell’ordinaria attività organizzativa dell’organismo. Se Uber fosse un’azienda di trasporto, essere un suo conducente significherebbe svolgere il lavoro nell’ambito della sua ordinaria organizzazione. Tuttavia, anche il fattore C potrebbe presentare difficoltà. Di certo, un falegname o un idraulico che svolge un lavoro per un dato organismo dovrebbe rientrare in questa condizione: essere abitualmente impegnato mediante un “contratto previsto o stipulato indipendentemente”. Tuttavia, un addetto alle consegne per Grubhub, prevedibilmente, non rispetterebbe quello standard. La consegna di cibo potrebbe non essere una forma di negoziazione stabilita indipendentemente. In più, per esempio, il ricorrente in *Lawson* era un aspirante attore che a Los Angeles eseguiva consegne per Grubhub al fine di guadagnare soldi extra; anche se la consegna a domicilio di cibo fosse considerata una forma di scambio, molti *gig workers* non svolgerebbero abitualmente quel tipo di attività.

⁴⁰ *Dynamex*, cit., 957.

⁴¹ V. California Assembly Bill 5, disponibile in: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5.

Infine, mentre il fattore A sembra abbastanza simile al potere di controllo utilizzato nei test precedenti, si afferma che il lavoratore debba essere “libero” dal controllo.

Un’interpretazione restrittiva potrebbe significare che anche un modesto livello di controllo (come rilevato dalla Corte in *Razak*) potrebbe essere sufficiente a escludere il lavoratore dallo status di *independent contractor*⁴².

Oltre che in California, anche altri legislatori negli Stati Uniti non hanno taciuto su tale questione. Piuttosto che concentrarsi sulla revisione legislativa della definizione di lavoratore subordinato e autonomo, la Città di Seattle ha adottato un approccio differente, stabilendo nel 2015 una nuova ordinanza, che ha riconosciuto ai *drivers* di aziende come Uber e Lyft il diritto di associarsi in sindacato e accedere alla contrattazione collettiva riguardante salario, orario di lavoro, termini e condizioni di impiego, anche in qualità di lavoratori autonomi⁴³. Una soluzione creativa. Piuttosto che preoccuparsi della distinzione tra *employee* e *independent contractor*, che ha causato non pochi problemi, ha semplicemente offerto ai *drivers* lavoratori autonomi, il diritto di accedere alla contrattazione collettiva. Formando un sindacato e negoziando un contratto con Uber (o aziende simili), i *drivers* sarebbero in grado di tutelare il loro stesso lavoro e gli standard salariali. L’ordinanza ha offerto anche la tutela aggiuntiva secondo la quale se il sindacato dei *drivers* e Uber (per esempio) non raggiungessero un accordo collettivo, sarà nominato uno speciale arbitro per determinare i termini di tale accordo. Questo eviterebbe scioperi potenziali e difficili da sostenere⁴⁴.

Comprendibilmente, Uber e la comunità imprenditoriale non hanno reagito passivamente di fronte all’ordinanza di Seattle. Varie azioni sono state intentate al fine di bloccare l’ordinanza. La più seria fu instaurata dalla Camera di Commercio degli Stati Uniti (“Chamber”), per cercare di impedire che l’ordinanza entrasse in vigore⁴⁵. Le due principali argomentazioni portate

⁴² V. CUNNINGHAM-PARMETER, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, in *NIULR*, 2019, 3, pp. 421-423 (ha concluso che, in base al *Dynamex ABC* test, i singoli lavoratori in *Lawson* and *Razak* si sarebbero dovuti ritenere lavoratori subordinati, piuttosto che autonomi).

⁴³ City of Seattle, ordinanza n. 124968 (23 Dicembre 2015), come emendata dalla ordinanza n. 125132 (16 Settembre 2016).

⁴⁴ V. Seattle Municipal Code (SMC) § 6.310.735(I)(2)(a)-(g).

⁴⁵ Altri processi hanno ripreso una causa instaurata da *drivers* che lamentavano violazioni dei loro diritti in base al Primo Emendamento, così come altre richieste. Questa causa è stata

avanti dalla Chamber hanno sostenuto che l'ordinanza di Seattle fosse in contrasto con la legge federale antitrust e con il diritto del lavoro. La c.d. "preemption doctrine" deriva dai principi costituzionali. La legge statale (inclusa quella locale, municipale) non può essere in contrasto con la legge federale, in base alla clausola di supremazia contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti. La Chamber ha argomentato che l'ordinanza di Seattle confliggesse con lo *Sherman Act* di rango federale (che vieta condotte anti-concorrenziali)⁴⁶ e la *National Labor Relations Act*⁴⁷ ("NLRA", che governa i rapporti di lavoro nel settore privato). Entrambe le argomentazioni furono rigettate dal Tribunale di prima istanza, ma l'entrata in vigore dell'ordinanza fu bloccata fino a quando la Corte d'appello non si fosse pronunciata sul caso⁴⁸. A Maggio 2018, in *Chamber of Commerce v. City of Seattle*, la Corte d'appello ha ribaltato in parte l'orientamento del Tribunale⁴⁹.

In generale, la legge federale anti-trust impedisce che le imprese formino un cartello e fissino i prezzi⁵⁰. C'è una deroga lavoristica a questo divieto che permette ai sindacati e ai datori di giungere a una contrattazione collettiva che fissi salari senza infrangere la legge anti-trust. Tuttavia, questa deroga è consentita solo per i sindacati rappresentativi dei lavoratori subordinati e in questo caso i *drivers* erano lavoratori autonomi⁵¹. Di conseguenza, lavoratori autonomi che si coalizzino per fissare livelli salariali agirebbero allo stesso modo di un gruppo di imprese che fissa illegalmente i prezzi. Un'altra deroga è prevista per la "state action" e la Corte ha sostenuto che l'ordinanza di Seattle rientrasse in questa eccezione. Gli Stati potrebbero approvare regolamenti che consentano, ad alcune condizioni, comportamenti anti-concorrenziali⁵².

Il requisito più importante è se la legge dello Stato esprima chiaramente l'intento di consentire una simile condotta in una situazione specifica. Questa

archiviata dal momento che il presunto danno era solo ipotetico v. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, sentenza 9 agosto 2018, *Clark v. City of Seattle*, WL 3763527.

⁴⁶ V. 15 U.S.C. § 1.

⁴⁷ V. 29 U.S.C. § 1 51.

⁴⁸ U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, sentenza 11 maggio 2018, *Chamber of Commerce v. City of Seattle*, 890 F.3d 769, 779 (che sintetizza la storia processuale del caso).

⁴⁹ *Chamber of Commerce*, cit.

⁵⁰ *Chamber of Commerce*, cit., 780.

⁵¹ V. KENNEDY, *Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for Dependent Contractors*, in *BJELL*, 2005, 1, p. 143 ss.

⁵² V. *Chamber of Commerce*, cit., 781.

è un'eccezione con alcuni limiti e le leggi degli Stati non possono consentire condotte anti-concorrenziali.

Nel rispetto dell'ordinanza di Seattle, la città ha invocato due leggi generali dello Stato di Washington che hanno consentito alla città di regolare i servizi di trasporto a chiamata e il noleggio di mezzi di trasporto. Secondo l'ordinanza di Seattle e il Tribunale di prima istanza, con queste leggi, lo Stato si è assunto l'autorità di regolare il noleggio con conducente, come nel caso degli autisti di Uber e di Lyft, consentendo a questi di impegnarsi in una contrattazione collettiva.

La Corte d'appello ha respinto quest'approccio, rilevando la differenza che intercorre tra regolare i servizi di trasporto e i veicoli a noleggio e regolare il rapporto tra i *drivers* e le *app* informatiche⁵³. Cioè, altro è regolare le tariffe dei taxi applicate ai passeggeri, altro è disciplinare le commissioni che Uber applica alle tariffe dei propri *drivers* per l'utilizzo dell'*app* (attraverso la contrattazione collettiva). Infatti, le leggi dello Stato invocate da Seattle sono state adottate molti anni prima che Uber e la sua idea di un'*app* di *ride sharing* nascessero. Date le circostanze, la legge dello Stato di Washington non ha previsto una chiara disposizione che regoli la relazione tra i conducenti e le aziende che hanno sviluppato *app* di *ride sharing* come Uber. Di conseguenza, l'ordinanza è stata contrastata in base alla legge federale anti-trust, fino a quando non è stata applicata la deroga dell'azione statale⁵⁴.

Rispettando l'argomentazione della Chamber, sulla base della quale l'ordinanza avrebbe contrastato con la legge federale sul lavoro, la Corte di appello ha tuttavia confermato la decisione del Tribunale. Ci sono due tipologie primarie di NLRA *preemption*, conosciute rispettivamente come *Machinists* e *Garmon preemption*. Sulla base della *Machinists preemption*, gli Stati non possono disciplinare nessun profilo che la NLRA abbia deciso di lasciare privo di regolamentazione. La Chamber ha affermato che, dal momento che la NLRA ha escluso specificamente gli *independent contractors* dalla sua definizione di lavoratore subordinato, i loro diritti di contrattazione collettiva erano stati di proposito lasciati senza regolamentazione. Questo punto è stato rigettato poiché gli Stati avevano (per esempio) l'autorità di concedere il di-

⁵³ In tal senso, le Corti d'appello sembrano essersi allontanate dalle conclusioni del caso *O' Connor* e dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in base alle quali Uber sarebbe una compagnia di trasporti piuttosto che un'*app* informatica.

⁵⁴ *Chamber of Commerce*, cit., 782-789.

ritto alla contrattazione collettiva a dipendenti pubblici e agricoltori, i quali erano altresì esclusi dalla definizione di lavoratore subordinato della NLRA. In base alla *Garmon preemption*, gli Stati non possono approvare leggi riguardanti condotte verosimilmente tutelate o vietate dalla NLRA. Qui, la Chamber ha affermato che i *drivers* di Uber potrebbero senza dubbio essere considerati come lavoratori subordinati piuttosto che autonomi e pertanto protetti dalla NLRA. Tuttavia, non ha fornito alcuna prova a supporto di quest'affermazione. Il fatto che un'altra istituzione o un'altra Corte possa determinare che i *drivers* siano lavoratori subordinati, in base alla NLRA, in un caso successivo, non costituisce una prova del fatto che i *drivers* siano lavoratori tutelati dalla NLRA. Senza tale prova, non può operare la *Garmon preemption*⁵⁵.

La decisione della Corte d'appello è stata deludente e ha inferto un colpo agli innovativi sforzi di Seattle di garantire il diritto alla contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi in questa nuova forma di economia⁵⁶. Tuttavia, non ha escluso del tutto la possibilità di raggiungere risultati simili in futuro. È ipotizzabile che l'amministrazione di Washington o il legislatore di uno Stato possa elaborare una chiara e specifica legge che riconosca ai *drivers* di Uber o ad altri simili *gig workers* il diritto alla contrattazione collettiva, in grado di confluire in un'azione statale in deroga della legge federale anti-trust. In più, secondo la motivazione della Corte d'appello, non sembra essere un problema il fatto che tali leggi statali siano state ostacolate dalla NLRA⁵⁷.

Infine, su di un livello più teorico, gli accademici americani hanno anche dibattuto sulla questione riguardante la risoluzione del dilemma dello status di lavoratore autonomo/subordinato nella *new economy*. Sfortunatamente (ma allo stesso tempo comprensibilmente, data la difficoltà della questione), non

⁵⁵ *Chamber of Commerce*, cit., 791-795.

⁵⁶ V. STEINBAUM, *Antitrust, the Gig Economy, and Labor Market Power*, in *LCP*, 2019, pp. 59-61, critica rispetto alla decisione e alla posizione anti-lavoristica presa sul caso dalla Federal Trade Commission e dal Dipartimento di Giustizia, da cui è emerso che: "l'antitrust è rivolto a soddisfare esigenze legate al capitale e a vigilare sul lavoro" (citazioni interne omesse).

⁵⁷ In generale, per un'analisi comparativa su quanto l'*anti-competition law* di Stati Uniti ed Europa possa influenzare le leggi che si occupano di riconoscere i diritti di contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi v. BIASI, "We Will All Laugh at Gilded Butterflies". *The Shadow of Antitrust Law on the Collective Negotiation of Fair Fees for Self-Employed Workers*, paper presentato alla XXII conferenza mondiale ISLSSL, 4-7 Settembre 2018, Torino, Italia; v. *etiam*, STEINBAUM, *op. cit.*, il quale precisa che le modifiche all'ordinanza di Seattle, con cui i salari sono stati rimossi dall'ambito applicativo della contrattazione collettiva, siano poi stati oggetto di impugnazione).

sembra profilarsi all'orizzonte una soluzione semplice e convincente. Sono state avanzate richieste per la creazione di una nuova ibrida classificazione di "quasi-lavoratore" per i *gig workers*⁵⁸. Questa sembra una conseguenza naturale poiché la giurisprudenza ha mostrato che tali lavoratori hanno le caratteristiche sia dei lavoratori autonomi sia di quelli subordinati. Allo stesso tempo, ci sono punti deboli in questa proposta. In particolar modo, sarebbe complicato comprendere quali *benefit* concedere a questi quasi-lavoratori⁵⁹ e le corti dovrebbero affrontare la questione di ricondurre i *gig workers* a una tra le tre (e non più due) classificazioni potenzialmente applicabili⁶⁰.

Sono state avanzate altre proposte per cambiare il test per lo status di lavoratore subordinato⁶¹: prevedere test marcatamente differenti per le diverse tutele legali⁶² ed eliminare del tutto il bisogno di determinare lo status di lavoratore subordinato⁶³. Le prime due proposte potrebbero rivelarsi fallimentari

⁵⁸ A tal proposito, v. STOKES, *Driving Courts Crazy: A Look at How Labor and Employment Laws do not Coincide with Ride Platforms in the Sharing Economy*, in *NLR*, 2017, 3, p. 853 ss.; REDFEARN, *Sharing Economy Misclassification: Employees and Independent Contractors in Transportation Network Companies*, in *BTLJ*, 2016, p. 1023 ss.; MALIK, *Worker Classification and the Gig Economy*, in *RULR*, 2017, p. 1729 ss.; STAFFORD, *Riding the Line Between "Employee" and "Independent Contractor" in the Modern Sharing Economy*, in *WFLR*, 2016, p. 1223 ss.; ANDOYAN, *Independent Contractor or Employee: I'm Uber Confused! Why California Should Create and Exception for Uber Drivers and the "On-Demand Economy"*, in *GGULR*, 2017, 2, p. 153 ss.

⁵⁹ Benché uno studioso abbia suggerito i seguenti: "(1) vietare discriminazioni basate su preferenze geografiche o classifiche; (2) evitare e impedire potenziali rischi di lavoro minorile o forzato; (3) prevenire che il "labour brokerage" si tramuti in "social arbitrage"; (4) fare valutazioni "portatili" su più piattaforme, portando ad una "identità digitale" complessiva; (5) superare la clausola di esclusiva che lega i lavoratori ad una data piattaforma e continuare a mantenere costi bassi; (6) promuovere forme di accordi collettivi tra lavoratori, clienti e piattaforma", ALOISI, *Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, in *CLLPJ*, 2016, p. 653 ss.

⁶⁰ V. STAFFORD, *op. cit.*, p. 1252.

⁶¹ In tal senso, PIVATEAU, *The Prism of Entrepreneurship: Creating a New Lens for Worker Classification*, in *BLR*, 2018, p. 595 ss., che propone di focalizzarsi sulla "genuina opportunità imprenditoriale" nei test delle realtà economiche; DEBRUYNE, *Uber Drivers: A Disputed Employment Relationship in Light of the Sharing Economy*, in *CKLR*, 2017, p. 289 ss., che suggerisce modifiche al tradizionale test per stabilire l'*employee status*, eliminando alcuni fattori obsoleti e aggiungendone altri; BROWN, *An Uber dilemma: Employees and Independent Contractors in the Sharing Economy*, in *MLRO*, 2016, p. 15 ss.; STEINBERGER, *Redefining 'Employee' in the Gig Economy: Shielding Workers from the Uber Model*, in *FJCFL*, 2018, p. 577 ss., che propone più semplicemente cinque *factor test* per determinare l'*employee status*.

⁶² V. STAFFORD, *op. cit.*, p. 1251.

⁶³ *Ivi*, pp. 1251-1252.

in considerazione della natura di tali test e di quanto complesso sarebbe applicarli; d'altra parte, un semplice test a favore del lavoratore dipendente, come quello applicato dalla Corte Suprema della California in *Dynamex*, rappresenterebbe un efficace progresso. Probabilmente, l'ultima proposta contiene alcune potenzialità, poiché, come nell'ordinanza di Seattle, i diritti basilari, quali quello alla contrattazione collettiva, possono essere legislativamente garantiti a entrambe i soggetti, *independent contractors* ed *employees*. In questo modo, potrebbe essere evitato un lungo processo di determinazione dello status di lavoratore subordinato, così come sarebbe irrilevante se ai *gig workers* fossero riconosciuti gli stessi diritti.

5. Conclusioni

Il problema del *gig work* nella *sharing economy* di certo non è stato risolto dalla normativa lavoristica degli Stati Uniti. Ciononostante, con il passare del tempo, corti e legislatori hanno iniziato ad adottare misure per semplificare e chiarire lo status di tali lavoratori. Alcune di queste, come l'adozione, da parte della Corte Suprema della California, del test semplificato "ABC" per determinare lo status di lavoratore subordinato o l'ordinanza di Seattle, che riconosce agli autisti, lavoratori autonomi, il diritto di associarsi in sindacato e accedere alla contrattazione collettiva, sono particolarmente positive. Ciò soprattutto in ragione del fatto che attendere che la legge federale risolva a breve il problema è irrealistico. Le corti dovrebbero seguire le orme della Corte Suprema della California e utilizzare la propria autorità di *common law* per semplificare i vecchi test di determinazione dello status di *employee*, interfacciandosi alla nuova realtà della *sharing economy* o interpretando e applicando i vecchi test in modo creativo⁶⁴.

Analogamente, seguendo il percorso fornito dalla Corte d'appello nel caso *Chamber of Commerce*, gli Stati e i governi locali possono agire per apprestare una tutela per i *gig workers*, come gli autisti di Uber, senza imbattersi nelle regole della *preemption* federale. Il *focus* sulla garanzia del diritto alla contrattazione collettiva nell'ordinanza di Seattle è particolarmente importante.

⁶⁴ Per un primo commento sull'impatto della sentenza *Dynamex*, SEMUELS, *What Happens When Gig-Economy Workers Become Employees?*, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/09/gig-economy-independent-contractors/570307/> (14 Settembre 2018).

Un buon argomento è quello secondo il quale la sindacalizzazione dei *gig workers* e la contrattazione collettiva debbano essere centrali. Con il riconoscimento della sindacalizzazione e della contrattazione collettiva, questi lavoratori possono vedersi tutelare altri bisogni professionali chiave, come la giusta retribuzione, la sicurezza sul lavoro ed alcuni *benefit* ottenuti tramite la negoziazione piuttosto che con altre leggi⁶⁵.

⁶⁵ V. BIASI, *op. cit.*, pp. 11 e 15, nt. 84, che ha sottolineato come la legislazione irlandese e quella australiana consentano una sindacalizzazione di lavoratori autonomi, e la legge francese permetta una contrattazione collettiva e il diritto di sciopero per i *platform workers*.

Abstract

Di recente, le corti e i legislatori negli Stati Uniti si stanno misurando con gli importanti interrogativi che la *sharing economy* introduce nel diritto del lavoro, in particolare sullo status dei *gig workers*, quali lavoratori subordinati o autonomi. Quanto segue è un esame di alcune importanti decisioni giudiziarie recenti, degli interventi legislativi e della letteratura sul tema. In particolare, nel saggio si approfondisce sia il tema relativo all'introduzione di un test semplificato per lo status di lavoratore subordinato, che consente a molti *gig workers* di essere qualificati come tali, sia la possibilità che a essi siano garantiti i diritti di contrattazione collettiva – indipendentemente dal loro status di lavoratore autonomo – in modo da negoziare forme di tutela adeguate nella nuova *platform economy*.

Recently, courts and legislatures in the U.S. have begun to grapple with the important questions the sharing economy brings to labour law, particularly regarding gig workers status as employees or independent contractors. What follows is an analysis of some recent, key judicial decisions, legislative action and academic literature on the subject. Specifically, the essay deepens both the theme of a simplified test for employee status, resulting in most gig workers becoming employees, and the possibility the collective bargaining rights be granted for gig workers – irrespective of their independent contractor status – to enable them to negotiate adequate protections in the new platform economy.

Key words

Sharing economy, Metodi di qualificazione, Diritto del lavoro statunitense, lavoratore autonomo, azione collettiva.

Sharing economy, Qualification approach, U.S. labour law, independent contractor, collective action.

Lilli Casano

Professionalità e certificazione delle competenze: legge, contrattazione collettiva, autoregolazione

Sommario: **1.** Posizione del problema: i sistemi di riconoscimento della professionalità tra regole e mercato. **2.** L'esplosione della normazione tecnica dei profili professionali: autoregolazione o destrutturazione del quadro giuridico e istituzionale? **3.** Il sistema (per ora virtuale) della certificazione pubblica delle competenze. **4.** Sistema di relazioni industriali ed evoluzione della rappresentanza: il tassello mancante. **5.** L'infrastruttura (ancora mancante) di un moderno mercato del lavoro.

1. *Posizione del problema: i sistemi di riconoscimento della professionalità tra regole e mercato*

«Quando le discontinuità temporali e le transizioni professionali si avviano a diventare meno eccezionali, diventa necessaria una rete di protezione leggera e universalistica che assista il lavoratore nella transizione di posto o di carriera, aiutandolo a valutare il proprio potenziale e a ricollocarsi in modo adeguato [...] A questo scopo sembra necessario che i passaggi da un impiego all'altro con i quali i singoli costruiscono la propria identità socio-professionale lascino una traccia: una traccia di cittadinanza che potrebbe consistere in una anagrafe generale del lavoro o in un libretto elettronico del lavoratore. Questa è la prima tutela dell'individuo lavoratore, il primo elementare diritto di una sicurezza sociale adatta alla società dei lavori»¹.

In questo passaggio tratto da uno dei suoi contributi più noti, descri-

¹ ACCORNERO, *Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti*, in *Lavoro e Diritto*, a. XV, n. 2, primavera 2001, pp. 303-327, qui p. 319.

vendo le trasformazioni che hanno interessato il lavoro e la necessità di nuove tutele in grado di accompagnare la discontinuità dei tragitti lavorativi, Aris Accornero proponeva di porre al primo posto tra i diritti di cittadinanza sociale da riconoscere ai lavoratori non più la stabilità del posto di lavoro, ma il riconoscimento delle “tracce” lasciate nel passaggio attraverso diversi lavori. Una “traccia di cittadinanza”, appunto (nella forma di una anagrafe elettronica del lavoro o di un “libretto elettronico del lavoratore”), che consentisse di far sì che i passaggi (le transizioni) fossero riconosciuti, certificati, ricomposti. Il riferimento era a una rete di protezione ampia (che includesse misure di politica attiva e ricomponesse anche le tutele assicurative), ma nel ragionamento di Accornero è forte l'enfasi su quella che in termini sociologici si definisce “identità professionale”, che proprio nella società dei lavori concorre in modo sempre più preponderante alla formazione dell'identità sociale.

L'evoluzione tecnologica, dei sistemi economici, dei modelli organizzativi, dei percorsi di carriera, e i processi di globalizzazione – con il conseguente aumento della mobilità internazionale² – hanno da tempo imposto come tema centrale nelle agende di riforma del lavoro il tema della qualificazione, riconoscibilità e trasferimento delle competenze anche come strumento di tutela dei lavoratori in un'ottica promozionale³. Tanto con riferimento agli strumenti per la regolazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, quanto con riferimento ai sistemi di classificazione e inquadramento del personale⁴, tanto nell'ambito della regolazione del lavoro dipendente quanto in quella del lavoro autonomo⁵ e nelle nuove forme di

² Fenomeni già individuati come dirompenti nelle riflessioni elaborate sul volgere del ventesimo secolo, come testimoniato dalle illuminanti intuizioni di Bruno Trentin (si veda TRENTIN, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, 1997 e dello stesso A., *Il lavoro e la conoscenza*, Lectio doctoralis – Università Cà Foscari di Venezia, 13 settembre 2002), ma che acquistano una rinnovata rilevanza a partire dall'affermazione del “paradigma” dell'Industria 4.0, per cui si rimanda a SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, 2017, e alla ampia bibliografia ivi riportata.

³ Si veda CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113, pp. 1-134; GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004; CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2013.

⁴ Il tema è stato oggetto di un recente fascicolo monografico della rivista *Professionalità Studi, Professionalità e contrattazione collettiva*, n.1/II settembre-ottobre 2018, curato da CASANO, CIUCCIOVINO, TOMASSETTI, cui si rimanda per approfondimenti.

⁵ Sul nuovo quadro legislativo del lavoro autonomo, che ha il pregio di valorizzare, seppure

organizzazione del lavoro dettate dai processi di digitalizzazione⁶, l'esigenza di costruire strumenti e standard di riferimento unitari (e sempre più interconnessi a livello globale) per l'individuazione, valutazione e il riconoscimento delle competenze è avvertita da tempo anche nel nostro Paese. Se è ampiamente condivisa l'importanza, per i lavoratori, di "misurare" e "comunicare" le proprie capacità, è ancora aperto l'interrogativo sul "come farlo", considerata la difficoltà di tradurre in uno standard la complessità delle competenze che si vorrebbe misurare⁷.

Sulla scorta di queste considerazioni, l'oggetto di questo contributo è l'insieme degli strumenti di regolazione riguardanti quelli che – utilizzando una espressione mutuata dalle ricerche OCSE sul tema – possiamo definire sistemi di qualificazione (*qualification systems*)⁸ della professionalità, ed in particolare le regole che disciplinano le modalità con cui vengono definiti gli standard di riferimento e le procedure per il suo riconoscimento. Il riferimento è al sistema pubblico di certificazione delle competenze istituito dalla Legge 28 giugno 2012, n. 92 e dal suo decreto attuativo (Decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13), al sistema della normazione tecnica relativo alla certificazione delle attività professionali recentemente valorizzato dalla Legge 16 gennaio 2013, n. 4, e ai sistemi di classificazione e inquadramento del personale nella contrattazione collettiva. Restano per il momento fuori

in un quadro di luci ed ombre, il tema della formazione e della certificazione delle competenze, si vedano i contributi contenuti in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018.

⁶ Si fa riferimento al riconoscimento del diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze nel lavoro agile, pur con le criticità evidenziate, tra gli altri, da GRECO, *L'apprendimento permanente e la certificazione delle competenze nel lavoro agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.* 2018.

⁷ MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *GDLRI*, 2004, pp. 165-201.

⁸ Il riferimento è in particolare al paper a cura di BEHRINGER, COLES, *The role of National Qualification Systems In promoting lifelong learning. Towards an Understanding of the Mechanisms that Link Qualifications and Lifelong Learning*, OECD Working Paper n. 3/2003: "QS have been defined for the purpose of the activity as: the arrangements for the recognition of learning (processes, requirements, provision); and the arrangements that link different qualifications and qualifications and destinations (qualifications, entry rules, credit systems, qualifications pathways and progression routes, and qualifications and standards frameworks)", p. 7. Tale espressione è sufficientemente generale da ricomprendere i tre sotto-sistemi che qui si propone di integrare in quello che, appunto, possiamo definire un sistema di qualificazione della professionalità.

dall'analisi, ma nella consapevolezza che occorre integrarli, i sistemi di qualificazione delle cosiddette professioni "regolamentate" ai sensi dell'articolo 4 del Decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206⁹, con cui si fa riferimento a:

- 1) l'attività, o l'insieme delle attività, il cui esercizio è consentito solo a seguito di iscrizione in Ordini o Collegi o in albi, registri ed elenchi tenuti da amministrazioni o enti pubblici, se la iscrizione è subordinata al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità;
- 2) i rapporti di lavoro subordinato, se l'accesso ai medesimi è subordinato, da disposizioni legislative o regolamentari, al possesso di qualifiche professionali;
- 3) l'attività esercitata con l'impiego di un titolo professionale il cui uso è riservato a chi possiede una qualifica professionale;
- 4) le attività attinenti al settore sanitario nei casi in cui il possesso di una qualifica professionale è condizione determinante ai fini della retribuzione delle relative prestazioni o della ammissione al rimborso;
- 5) le professioni esercitate dai membri di un'associazione o di un organismo di cui all'Allegato I dello stesso decreto.

L'analisi di questo ulteriore segmento richiede, infatti, preliminarmente la risoluzione di un nodo definitorio (e cioè l'esatto perimetro delle professioni regolamentate all'incrocio tra normativa nazionale e comunitaria) che non è possibile affrontare in questa sede.

⁹ Attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nonché della direttiva 2006/100/CE che adegua determinate direttive sulla libera circolazione delle persone a seguito dell'adesione di Bulgaria e Romania.

Tabella 1 – Sistemi di qualificazione della professionalità, relativi standard professionali e processi di riconoscimento

| Sistemi di qualificazione della professionalità | Soggetto competente | Standard di riferimento | Processo di riconoscimento |
|-------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sistema di relazioni industriali | Rappresentanza sindacale e datoriale e sistemi bilaterali | Declaratorie e profili dei contratti collettivi, Standard valutativi dei fondi per la formazione continua | Classificazione del personale, mappatura dei profili professionali del settore, validazione degli apprendimenti |
| Sistema pubblico | Stato, Regioni e enti titolari | Repertorio pubblico (ex art. 8 d.lgs 13/2013) | Certificazione delle competenze ex d.lgs 13/2013 |
| Autoregolazione privata | UNI (normazione) Accredia (certificazione) | Norme e Prassi UNI | Certificazione delle persone (schema PRS) |

Secondo uno tra i principali esponenti dell'approccio del mercati transizionali del lavoro, J. Gautiè, le modalità di formazione, sviluppo e riconoscimento dei contenuti professionali del lavoro hanno una importanza tale da determinare le stesse logiche di funzionamento dei mercati del lavoro¹⁰. Occorre dunque chiedersi quale assetto sia in grado di sostenere i moderni mercati del lavoro in cui è attribuito un ruolo centrale alla occupabilità, e Gautiè individua due possibili strade: quella dei “nuovi” mercati professio-

¹⁰ I mercati interni del lavoro si basano su una formazione generale acquisita all'esterno dell'impresa, sul ruolo cruciale della formazione sul posto di lavoro (cioè specifica) e sulla mobilità (interna) verticale; i mercati professionali (che ne sono una evoluzione) si incardinano su una formazione generale acquisita nell'impresa ma standardizzata e convalidata per esser trasferibile in percorsi di mobilità esterna.

nali, che determinano una ri-mercificazione del lavoro in cui le competenze sono viste come capitale dell'individuo e la principale forma di protezione è l'accesso alle risorse per la formazione e la certificazione delle stesse; quella dei mercati transizionali del lavoro, in cui la formazione e la sua trasferibilità sono una responsabilità della collettività, e alle persone sono riconosciuti come diritti la cui effettiva agibilità dipende dalla esistenza di un coordinamento tra i diversi attori responsabili in particolare a livello locale¹¹.

Senza volersi spingere fino ad attribuire un ruolo risolutivo a questi temi nell'orizzonte di un ripensamento generale dei modelli di regolazione del lavoro, sembra però doveroso riconoscere che dal momento in cui la professionalità¹² acquista una rinnovata centralità nella regolazione del lavoro, e preso atto che essa si costruisce non più nell'ambito di un unico rapporto di lavoro, ma in diversi posti, ruoli, mestieri, le modalità del suo riconoscimento e della sua valorizzazione assumono una importanza che va oltre gli stretti confini – anche disciplinari – in cui il tema è stato finora relegato.

Tali processi sono sempre più legati alla esistenza di standard di riferimento unitari, riconosciuti dalla legge e dal mercato, comprensibili e utilizzati da persone, operatori del mercato del lavoro, sistema di istruzione e formazione, imprese, correlati con standard internazionali. Questi elementi non sono affatto scontati sul piano della loro concreta realizzazione, in Italia come in molti altri Paesi europei, come documentato dal CEDEFOP nelle periodiche indagini sulla attuazione dei *National Qualification Frameworks*¹³.

Il duplice processo di costruzione di sistemi di individuazione, validazione, e certificazione delle competenze e di costruzione di quadri nazionali (correlati a standard internazionali) delle qualifiche è caratterizzato, infatti, da una elevata complessità, riconducibile principalmente ai seguenti fattori: numero e tipologia di attori coinvolti, interdipendenza tra molteplici ambiti di intervento, articolazione delle competenze legislative su più livelli istituzionali, necessità di coordinamento tra diverse fonti (e forme) di regolazione. A dispetto della scarsa attenzione riservata dai giuslavoristi a questi temi¹⁴,

¹¹ GAUTIÈ, *Lavoro, dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione*, in *Assistenza sociale*, 2003, 1-2, pp. 29-74.

¹² NAPOLI, *La professionalità*, Vita e pensiero, 2004. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004.

¹³ CEDEFOP, *National Qualification Frameworks developments in Europe 2017*, Publications Office of the European Union, 2018.

¹⁴ Tra i pochi ad occuparsi del tema CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giap-

tale complessità bene esemplifica le sfide più generali con cui si confronta il diritto del lavoro e in particolare quella particolare area di indagine identificabile con la regolazione del mercato del lavoro¹⁵.

Nel nostro Paese, un tassello fondamentale è rappresentato dalla l. 92/2012¹⁶ che ha delegato al governo la definizione delle norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti acquisiti in contesti non formali e informali, delineando l'infrastruttura del sistema pubblico nazionale di certificazione delle competenze, che è stato poi disciplinato dal d.lgs. 13/2013, il quale si articola appunto in due linee di intervento prioritarie:

a) la costituzione di un repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali;

b) la definizione degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze (di processo, di attestazione, di sistema).

In parallelo al faticoso processo di edificazione di un sistema pubblico di certificazione delle competenze, negli ultimi anni si è intensificato il processo di formazione di norme tecniche UNI¹⁷ per la qualificazione di attività professionali, in risposta a quelle che possiamo definire “richieste del mer-

pichelli, 2013; della stessa A. vd. anche *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, ASTRIL Working Paper 2018, 36; VIMERCATI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze: strategie, soggetti e funzioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013; VALENTE, *La certificazione delle competenze nel decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, in *Studi in memoria di Gianni Garofalo*, Cacucci, 2015; TESSAROLI, *Verso la certificazione delle competenze*, in *RDSS*, 2014, 2, pp. 243 e ss.

¹⁵ MITCHELL, ARUP, *Dal diritto del lavoro al diritto del mercato del lavoro*, in *DRI*, 2008, 2, pp. 293-310; DEAKIN, WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, Oxford University Press, 2005.

¹⁶ Per la prima volta con la cosiddetta “Riforma Fornero” nel nostro ordinamento si riconosce formalmente il diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti (formali, non formali, informali), sebbene come forma di tutela compensativa della accresciuta flessibilità (in entrata e in uscita) del mercato del lavoro. Sia consentito rimandare a BERTAGNA, CASANO, TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in (a cura di) MAGNANI, TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012; CASANO, *All'incrocio tra formazione e lavoro: problemi e prospettive del sistema di validazione degli apprendimenti e certificazione delle competenze in Italia*, in *Prospettive Educazione Permanente*, 2013, 3, pp. 59-70.

¹⁷ UNI - Ente Nazionale Italiano di Unificazione - è un'associazione privata senza scopo di lucro riconosciuta dallo Stato e dall'Unione Europea (ai sensi dell'articolo 27 del regolamento (UE) n. 1025/2012), che da quasi 100 anni elabora e pubblica norme tecniche volontarie - le norme UNI - in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario

cato” relative alla crescente esigenza di riconoscibilità da parte di nuove professioni. La Legge 14 gennaio 2013, n. 4 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate) attribuisce a tali norme e ai relativi processi di certificazione un ruolo centrale, perché è su di esse che poggia il sistema di riconoscimento della professionalità per le professioni non organizzate in ordini e collegi, con la duplice finalità di garantire un alto livello qualitativo ai servizi offerti sui mercati di riferimento e di regolare la competizione tra professionisti, affidando un ruolo centrale alle associazioni di rappresentanza degli stessi sia sul fronte della definizione degli standard che su quello della certificazione delle competenze¹⁸.

Sullo sfondo restano i sistemi di classificazione e inquadramento del personale contenuti nel nostro Paese nei contratti collettivi nazionali di lavoro che hanno da sempre assolto in modo più o meno efficiente al duplice compito di regolare il mercato interno (definendo i termini della esecuzione della prestazione di lavoro e i connessi aspetti retributivi, organizzativi, disciplinari), ma anche il mercato esterno del lavoro, correlando le dinamiche interne di allocazione e organizzazione del lavoro al mercato esterno e incidendo sulla competizione tra gruppi professionali¹⁹. Se è generalizzata la consapevolezza della necessità di un ammodernamento di tali sistemi, pochi sono stati gli interventi concreti in tale direzione, e limitato anche in sede scientifica lo sforzo per un loro reale ripensamento in vista di un adeguamento alle attuali esigenze di regolazione del lavoro (*cf.* § 4).

Tutto ciò precisato, l’integrazione tra tali sistemi di standard e le relative procedure di riconoscimento della professionalità pare cruciale per dotare i lavoratori di una nuova sicurezza, quella della valorizzazione e capitalizzazione delle proprie competenze come leva di autonomia e forza contrattuale nell’impresa e sul mercato. Tale obiettivo è stato però trascurato dal Legislatore, che non si è mai preoccupato (se non nel “Testo Unico” dell’apprendistato di cui al Decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, ora abrogato)²⁰ di assicurare adeguati raccordi tra il sistema pubblico di certificazione delle

¹⁸ Sia consentito rimandare ad un precedente contributo di chi scrive: CASANO, *Il lavoro (autonomo) tra vecchie tutele e promozione della professionalità: i limiti della legge n. 81/2017 e l’attualità della legge n. 4/2013*, in *DRI*, 2018, 2, pp. 430-456.

¹⁹ CASANO, CIUCCIOVINO, TOMASSETTI, *Professionalità e contrattazione collettiva: ragioni e contenuti di un fascicolo monografico sul tema*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 1-8.

²⁰ Si veda TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Collana Le Nuove Leggi Civili, 2011.

competenze e i sistemi di classificazione e inquadramento del personale della contrattazione collettiva, limitando per contro alle sole professioni non regolamentate, collocate nell'area grigia tra autonomia e subordinazione di stampo tradizionale, la costruzione dei canali di comunicazione con il sistema di certificazione delle attività professionali sulla base di norme tecniche UNI.

Uno strumento predisposto al fine di assicurare unitarietà ad un sistema di qualificazione di fatto frammentario e non coordinato dovrebbe essere la definizione di un quadro comune di standard di riferimento, introdotto peraltro in risposta alle sollecitazioni comunitarie in vista della referenziazione delle qualifiche nazionali al Quadro Europeo delle Qualifiche (EQF). Secondo quanto stabilito dal d.lgs. 13/2013, una volta a regime il sistema nazionale di certificazione delle competenze, saranno oggetto di certificazione unicamente le competenze riferite a qualificazioni ricomprese in un Repertorio unico nazionale, che sarà costituito da tutti i repertori pubblicamente riconosciuti dei titoli di istruzione, formazione e delle qualificazioni professionali²¹. Il Legislatore ha dunque individuato nel Repertorio unico un elemento di raccordo tra standard pubblici e ulteriori sistemi di riconoscimento della professionalità. In tal senso il sistema italiano sarebbe in linea di principio riconducibile al modello onnicomprensivo (tendente a includere tutte le qualifiche ottenibili nei diversi sistemi di apprendimento, riconoscendo ad essi pari dignità), prevalente nel panorama europeo²². Continua a rimanere inevaso, tuttavia, il nodo di un collegamento con i sistemi di classificazione e inquadramento del personale nella contrattazione collettiva che rappresenta il vero tassello mancante del sistema. Ad oggi, ad ogni modo, il Repertorio unico previsto dall'art. 8 d.lgs. 13/2013 non è ancora stato istituito, e altrettanto complesso è il panorama dei dispositivi per la individuazione, validazione e certificazione delle competenze, che d'altra parte non possono considerarsi pienamente operativi in assenza del primo.

Nei prossimi paragrafi si analizzeranno presupposti, caratteristiche e modalità di funzionamento dei diversi dispositivi di riconoscimento della pro-

²¹ Secondo l'art. 8, co. 3 d.lgs. 13/2013: "Il repertorio nazionale è costituito da tutti i repertori dei titoli di istruzione e formazione, ivi compresi quelli di istruzione e formazione professionale, e delle qualificazioni professionali tra cui anche quelle del repertorio di cui all'articolo 6, comma 3, del testo unico dell'apprendistato, di cui al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, codificati a livello nazionale, regionale o di provincia autonoma".

²² Sia consentito il rimando a CASANO, *Quadri nazionali delle qualifiche: la situazione italiana alla luce degli sviluppi europei*, in *DRI*, 2015, 3, pp. 905-914.

fessionalità afferenti ai tre differenti ambiti di regolazione, per rispondere alla domanda se siano in corso dinamiche di competizione o integrazione tra diversi sotto-sistemi e fonti di regolazione.

Si approfondirà in primo luogo il tema della normazione tecnica nel settore della qualificazione delle attività professionali analizzandone principi e strumenti; si analizzeranno a seguire il sistema pubblico di certificazione delle competenze e i sistemi di classificazione e inquadramento del personale, per trarre infine nell'ultimo paragrafo delle conclusioni sulla necessità di una logica di sistema in cui collocare i processi di riconoscimento della professionalità qui analizzati.

2. *L'esplosione della normazione tecnica dei profili professionali: autoregolazione o destrutturazione del quadro giuridico e istituzionale?*

Come ricordava Supiot nella sua *Critique du droit du travail* del 1994, la legge ha da sempre “fatto i conti” con norme di diversa natura (economica, biologica, sociale/morale) che ne condizionano lo sviluppo. Piuttosto che temere l'assoggettamento del diritto del lavoro a norme “tecniche”, secondo Supiot, occorre comprendere le differenze tra legge e altre norme nella regolazione della relazione di lavoro, non tanto ai fini di una contrapposizione, quanto ai fini della ricerca di una possibile complementarità. Occorre dunque accettare che esse si limitano a vicenda, e a tracciare la linea di demarcazione tra le due, che per Supiot è sostanzialmente la persona²³ che non può semplicemente essere “normalizzata” come altri elementi del mondo naturale.

La normazione tecnica nell'ambito della qualificazione delle attività professionali si è sviluppata in parallelo alla evoluzione del quadro legislativo europeo sul riconoscimento delle qualifiche e ha riguardato dapprima figure professionali collegate a prodotti o tecnologie già normati (quali i processi di saldatura), in un secondo momento professioni “nuove”, fino alla ampia interpretazione data dall'Ente italiano di normazione UNI che ha ne esteso l'ambito di applicazione possibile a tutte le attività professionali non regolamentate. UNI definisce gli standard attraverso l'attività di normazione, mentre la certificazione sulla base di tali standard è di competenza dell'Ente

²³ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, pp. 280 e ss.

italiano di accreditamento Accredia²⁴ che ha stabilito apposite procedure e uno schema di riferimento che devono essere rispettati da tutti i soggetti accreditati per questa funzione.

Nel 2011 UNI ha costituito la commissione tecnica “Attività professionali non regolamentate”, che ha l’obiettivo di definire terminologia, principi, caratteristiche e requisiti relativi alla qualificazione di attività professionali e/o professioni non regolamentate. Occorre fin da ora precisare, tuttavia, che l’attività di produzione di norme riguardanti attività professionali si svolge anche in altre commissioni²⁵ non specificamente connesse alla normazione di attività professionali non regolamentate, e può riguardare ogni tipo di attività professionale (esercitata in forma di lavoro dipendente o autonomo).

L’attività di normazione condotta in UNI ha portato già alla creazione di un numero molto consistente di norme sui profili professionali²⁶, e ha assunto una particolare rilevanza in seguito alla approvazione della l. 4/2013 sulle professioni non organizzate. La legge ha previsto, tra le altre cose, l’autoregolamentazione volontaria per la qualificazione delle figure professionali: una professione non organizzata può essere qualificata cioè attraverso la certificazione rilasciata da un organismo accreditato (da Accredia) in conformità alla norma UNI definita per quella specifica attività. È bene ricordare come secondo l’art. 1 l. 4/2013, per «professione non organizzata in ordini o collegi», si intende l’attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, in forma individuale, in forma associata, societaria, cooperativa o nella forma del lavoro dipendente. Sono molte le attività di più recente configurazione,

²⁴ Ente designato dal governo italiano ad attestare la competenza, l’indipendenza e l’imparzialità degli organismi e dei laboratori che verificano la conformità dei beni e dei servizi alle norme, in linea con quanto stabilito dal Regolamento CE 765/2008 e dalla norma internazionale ISO/IEC 17011.

²⁵ Tra queste, a titolo esemplificativo, la commissione tecnica “Responsabilità sociale delle organizzazioni” che sta al momento lavorando sulla creazione di una norma riguardante i profili professionali della funzione risorse umane.

²⁶ L’elenco delle norme UNI relative alle attività professionali “non regolamentate”, aggiornato ad aprile 2019, è disponibile sul sito UNI: scorrendolo emerge la varietà dei profili normati, dal progettista sociale al carpentiere, dal manager HSE (Health, Safety, Environment) all’igienista industriale, dai profili professionali per l’ICT a quelli relativi al trattamento e alla protezione dei dati personali, dal sociologo al chinesioologo, al fisico professionista, al project manager, fino al personale tecnico delle imprese che trasformano i veicoli per l’uso dei gas GNC e GPL, ecc.

diverse tra di loro e diffuse soprattutto nel settore dei servizi, che presentano queste caratteristiche, da ciò la necessità di normare il settore al fine di garantire qualità agli utenti e certificare la professionalità dei lavoratori. È bene sottolineare che l'obiettivo della certificazione della professionalità è in questo caso prioritariamente legato ad una necessità di regolazione del mercato di riferimento e all'obiettivo di innalzare il livello di qualità dei servizi prestati, e un ruolo fondamentale in questo processo è assegnato dalla l. 4/2013 alle associazioni professionali, che possono farsi diretti garanti della professionalità degli iscritti, sia contribuendo alla elaborazione delle norme UNI sui profili professionali, sia certificando il possesso dei requisiti di professionalità. Si porta così a compimento anche nel nostro Paese il processo di istituzionalizzazione di un sistema di regolamentazione alternativo a quello degli ordini professionali, che mira a coniugare esigenze di riconoscimento dei nuovi professionisti, di qualità dei servizi per la collettività, di rispetto della libertà di iniziativa economica dei soggetti e della libertà di scelta dei consumatori, processo già prefiguratosi alla fine dello scorso decennio²⁷.

Ciò è coerente con quanto previsto dalla l. 92/2012 (*vd* § successivo), che all'art. 4 co. 59 prevedeva che con riferimento alle certificazioni di competenza fosse considerato anche “il ruolo svolto dagli organismi di certificazione accreditati dall'organismo unico nazionale di accreditamento ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008”. L'art. 4, co. 5, del d.lgs. n. 13/2013 sulla certificazione delle competenze, specifica, infatti, che gli enti titolati ad erogare il servizio, nel caso in cui lo erogino in conformità alle norme tecniche UNI, dovranno essere in possesso dell'accREDITAMENTO rilasciato da Accredia.

Lo “schema personale” di Accredia (PRS) è adottato al momento da più di 50 organismi di certificazione, ma è uno degli schemi con il maggiore trend di crescita, poiché dopo la promulgazione della l. 4/2013 sono aumentate le richieste di accREDITAMENTO in diversi settori. Tra gli organismi accREDITATI, a titolo meramente esemplificativo, si ritrovano società che si occupano di certificazioni di qualità in altri settori, ma anche il Politecnico di Milano e il Fondo interprofessionale per la formazione continua del settore banche e assicurazioni (FBA - Fondo Banche e Assicurazioni), accREDITATO per certificare più di venti profili professionali del settore sulla base delle relative prassi di riferimento codificate in sede UNI (*vd*. § 4).

²⁷ MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *ADL*, 2008, 8, pp. 1-22.

È evidente l'importanza che l'attività di normazione si svolga secondo precise regole e nel rispetto di determinati principi e proprio a tal fine la l. 4/2013 prevede che le associazioni di rappresentanza dei professionisti e le loro forme aggregative collaborino all'elaborazione delle norme tecnica UNI partecipando ai lavori degli organi tecnici, proprio «al fine di garantire la massima consensualità, democraticità e trasparenza» (articolo 9, comma 1). Come già spiegato, la l. 4/2013 interviene in un ambito in cui però già da diversi anni si era avviato, in una situazione di vuoto legislativo, un processo di proliferazione di norme sui profili professionali, imponendo una importante torsione in direzione di un controllo (invero abbastanza blando) da parte dell'attore pubblico, ma soprattutto da parte del mondo della rappresentanza.

Il Legislatore ribadisce innanzitutto che tre principi devono connotare l'elaborazione della norma UNI, invero già presenti sia nella legislazione europea, sia nella regolamentazione interna UNI: massima consensualità, democraticità e trasparenza. La consensualità richiede il consenso di coloro che partecipano ai lavori di redazione della norma, che a tal fine devono essere adeguatamente pubblicizzati e garantire la partecipazione di tutti gli attori rilevanti. La democraticità si sostanzia nella possibilità, garantita a tutti i partecipanti, di formulare osservazioni sulla norma e avere eguale peso nelle decisioni riguardanti il suo sviluppo e la sua approvazione. Il principio della trasparenza richiede la pubblicazione del risultato di un progetto di norma, anche mediante "inchieste" pubbliche preliminari.

L'attività di normazione deve, più in generale, seguire altri principi e in particolare coerenza, volontarietà, indipendenza, efficienza, aderenza alle attuali esigenze del mercato. La declinazione di questi principi implica certamente un processo prodromico condiviso tra tutti gli attori interessati e non consente una determinazione unidirezionale e unilaterale dei processi di formazione delle norme. Altra cosa rispetto alle norme sono le "prassi di riferimento", che sono in relazione con le norme in quanto possono (ma non devono) costituirne una utile attività preparatoria. E infatti la stessa UNI chiarisce che si tratta di contenuti caratterizzati da un limitato coinvolgimento delle parti interessate (e quindi da un basso livello di consenso). Possono diventare norma solo a una condizione, ossia proprio la condivisione di tutto il "mercato" di riferimento.

Buona parte delle attuali attività di certificazione delle attività professionali si basa oggi, tuttavia, proprio su prassi di riferimento, e non su norme.

UNI ha previsto a tal proposito un meccanismo di conversione delle prassi in norme, alla luce del riferimento esplicito operato dalla l. 4/2013 alle *norme*, e non a diversi prodotti della normazione tecnica. Tale pratica, tuttavia, se non condotta nel rispetto dei principi sopra menzionati, rischia di creare meccanismi distorsivi. Le prassi di riferimento sono soggette ad una procedura semplificata ai fini della loro approvazione e possono di fatto essere proposte (previo pagamento di un corrispettivo a UNI) da qualsiasi soggetto privato che abbia un interesse alla codifica di una prassi su un profilo professionale.

Questo aspetto risulta ancor più cruciale ove si consideri l'incidenza della normativa tecnica nell'attuale quadro legislativo in materia di professioni, e in particolare i richiami operati dalla l. 4/2013. L'art. 6, co. 1 della legge sopra menzionata stabilisce che «La qualificazione della prestazione professionale si basa sulla conformità della medesima a *norme tecniche* UNI ISO, UNI EN ISO, UNI EN e UNI» e che le norme tecniche costituiscano «principi e criteri generali che disciplinano l'esercizio autoregolamentato della singola attività professionale», assicurandone la qualificazione.

Ne discende che la norma tecnica volontaria non risulta più una mera norma privatistica, ma assolve ad una funzione di maggior respiro e per certi aspetti dirimente, nel garantire la qualità delle prestazioni professionali offerte dai professionisti. La distinzione tra prassi e norma UNI, e in particolare il rispetto delle procedure previste per l'elaborazione delle norme riguardanti i profili professionali, acquistano, dunque, una particolare rilevanza in questo quadro, anche al fine di assicurare gli adeguati raccordi tra sotto-sistemi: da un lato, le regole pubbliche per la certificazione delle competenze; dall'altro, l'autoregolamentazione collettiva ad opera delle parti sociali, che dovrebbero in linea di principio essere puntualmente coinvolte nell'attività di normazione tecnica proprio al fine di assicurare la corrispondenza di tali attività con la realtà e le necessità delle imprese e dei lavoratori.

3. *Il sistema (per ora virtuale) della certificazione pubblica delle competenze*

Il sistema pubblico di certificazione delle competenze introdotto dalla «Riforma Fornero» e dal d.lgs. 13/2013 ha l'obiettivo di consentire a tutti i cittadini l'accesso a servizi pubblici di individuazione, validazione e certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti formali, non formali e

informali, in collegamento con il diritto all'apprendimento permanente. La certificazione assume il valore di atto pubblico ed è possibile con riferimento a tutte le competenze riferite a qualificazioni contenute in un repertorio nazionale, che diventa dunque lo strumento di correlazione tra i diversi standard esistenti nel mondo del lavoro, dell'istruzione, della formazione, ecc. Ogni cittadino interessato a rendere riconoscibili le proprie competenze, maturate in tutti i contesti (incluso il lavoro), può rivolgersi ad un ente titolato ad erogare i servizi²⁸ al fine di ottenerne la certificazione. La "competenza" (espressa in termini di conoscenze, abilità, autonomia e responsabilità) è l'unità minima certificabile, ciò proprio al fine di mettere in comunicazione standard di qualificazione differenti, ma che si presuppone siano tutti basati su tale unità minima.

Il sistema si è dunque sviluppato intorno a due assi prioritari: da un lato, la definizione di procedure uniformi a livello nazionale per la individuazione, validazione e certificazione delle competenze; dall'altro, l'istituzione di un repertorio unico delle qualificazioni professionali per la definizione degli standard di certificazione. Sul primo fronte, le criticità del sistema introdotto nel 2013 sono state ampiamente documentate in altre sedi cui si rimanda²⁹, qui rileva solo sottolineare come a fronte di un sistema complesso e rigido sul fronte della selezione degli operatori e degli standard di processo, sistema e attestazione³⁰, l'accesso ai servizi di individuazione, validazione e certifica-

²⁸ Il d.lgs. 13/2013 individua gli enti titolari delle funzioni di individuazione, validazione e certificazione delle competenze, in riferimento ai rispettivi ambiti di competenza: 1) il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per le competenze riferite ai titoli di studio del sistema scolastico e universitario; 2) le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, per le competenze riferite a qualificazioni rilasciate nell'ambito delle rispettive competenze; 3) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, per le competenze riferite a qualificazioni delle professioni non organizzate in ordini o collegi; 4) il Ministero dello sviluppo economico e le altre autorità competenti in materia di individuazione e validazione e certificazione di competenze riferite a qualificazioni delle professioni regolamentate. Gli enti *titolari* sono a loro volta chiamati a individuare (in relazione agli ambiti di titolarità di cui sopra) degli enti *titolati*, cioè soggetti, pubblici o privati, autorizzati o accreditati dall'ente pubblico titolare, ovvero deputati a norma di legge statale o regionale, a erogare in tutto o in parte servizi di individuazione, validazione e certificazione delle competenze.

²⁹ BERTAGNA, CASANO, TIRABOSCHI, 2012, *op. cit.*; CASANO, 2013, *op. cit.*; ricostruisce il dibattito evidenziando diverse posizioni CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, cit.

³⁰ Con riferimento al processo (art. 5 d.lgs. 13/2013), esso dovrà consistere delle tre fasi sopra richiamate (identificazione, valutazione e attestazione) e prevedere l'adozione di misure personalizzate di informazione e di orientamento nei confronti dei destinatari. L'attestazione

zione delle competenze è demandato alla libera iniziativa del cittadino, senza alcun coinvolgimento delle imprese, in assenza di risorse dedicate (se non addirittura prevedendo costi a carico dell'interessato), e nel quadro di un impianto pubblicitario in cui molto limitato è stato il coinvolgimento delle parti sociali sul fronte della definizione delle procedure e su quello della definizione degli standard, come argomentaremo di seguito. In tale contesto, dopo quasi sei anni e a fronte di intensi sforzi profusi nella diffusione e armonizzazione dei sistemi regionali (spesso carenti o assenti), ad oggi la certificazione delle competenze maturate in tutti i contesti di apprendimento non può definirsi un diritto realmente esigibile, sia per le caratteristiche del dispositivo sopra brevemente richiamate sia per la incompleta attuazione del sistema.

Il Repertorio unico previsto dall'art. 8 del d.lgs. 13/2013, infatti, non è ancora stato istituito. Sono state però create alcune componenti della complessa infrastruttura tecnica e informativa necessaria al suo funzionamento.

Il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del 30 giugno 2015, ha definito un quadro operativo per il riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni regionali e delle relative competenze. È stato inoltre creato l'Atlante del Lavoro e delle Qualificazioni, un *database* con finalità classificatorie e informative realizzato sulla base delle sequenze descrittive della Classificazione dei settori economico-professionali, che contiene ad oggi due macro sezioni: a) Atlante Lavoro, che descrive i contenuti del lavoro in 24 settori economico professionali seguendo uno schema che individua

(art. 6) dovrà contenere una serie determinata di elementi: 1) i dati anagrafici del destinatario; 2) i dati dell'ente pubblico titolare e dell'ente titolato; 3) le competenze acquisite, indicando, per ciascuna di esse, almeno la denominazione, il repertorio e le qualificazioni di riferimento; 4) i dati relativi alle modalità di apprendimento e valutazione delle competenze. Ove la modalità di apprendimento sia formale dovranno essere indicati i dati essenziali relativi al percorso formativo e alla valutazione, ove la modalità sia non formale ovvero informale dovranno essere riportati i dati essenziali relativi all'esperienza svolta. L'attestazione dovrà, infine, essere registrata sul Libretto formativo del cittadino (oggi sostituito dal Fascicolo elettronico del lavoratore istituito dal d. lgs. 150/2015). Gli enti titolari, nei rispettivi ambiti di competenza, dovranno garantire standard minimi anche a livello di sistema (art. 7): l'adozione di uno o più repertori delle qualifiche, una regolamentazione uniforme delle condizioni di fruibilità del servizio, format e procedure standardizzati, adeguata informazione e pubblicizzazione dei servizi, personale con requisiti professionali idonei alla erogazione dei servizi, il collegamento alla dorsale informativa unica istituita dall'art. 4, co. 51, della legge n. 92 del 28 giugno 2012 (oggi sostituita dal Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro istituito dal d.lgs. 150/2015).

per ciascun settore i processi di lavoro, le sequenze di processo, le Aree di attività (ADA) e le attività specifiche; b) Atlante e professioni che raccoglie le Professioni regolamentate (Direttiva 2005/36/CE e successive integrazioni) e il Repertorio delle professioni dell'apprendistato (costituito da tutti i profili presenti nei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro relativi all'apprendistato professionalizzante)³¹. È in questa seconda sezione che dovranno confluire anche le qualificazioni relative alle professioni non organizzate in ordini e collegi ex l. 4/2013. Un'altra sezione riguarderà poi le qualificazioni rilasciate nei diversi ambiti del sistema di apprendimento permanente: scuola, istruzione e formazione professionale, formazione superiore e formazione professionale regionale.

Un ulteriore tassello è introdotto dal Decreto legislativo 14 settembre 2015, n.150, che istituendo l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL), le attribuisce, tra gli altri compiti, lo sviluppo e la gestione integrata dei sistemi informativi unitari sulle politiche del lavoro e sul sistema di formazione professionale, per il funzionamento dei quali si rende necessario individuare le forme di raccordo strategico e funzionale con il Repertorio unico di cui al d.lgs. 13/2013. Il d.lgs. 150/2015 introduce inoltre il fascicolo elettronico del lavoratore, che sostituisce il Libretto formativo del cittadino istituito dal Decreto legislativo n. 276/2003, e conterrà le informazioni relative ai percorsi educativi e formativi, ai periodi lavorativi, alla fruizione di provvidenze pubbliche e ai versamenti contributivi ai fini della fruizione di ammortizzatori sociali di tutti i cittadini³². Anche su questo fronte è molta ancora la strada da fare: per realizzare il fascicolo elettronico del lavoratore, all'ANPAL è affidato il compito di istituire e gestire l'albo nazionale degli enti di formazione accreditati e realizzare il sistema informativo della formazione professionale, dove sono registrati i percorsi formativi svolti dai soggetti residenti in Italia, finanziati in tutto o in parte con risorse pubbliche. L'ANPAL dovrà poi definire apposite modalità di lettura delle infor-

³¹ Tuttavia, in queste sezioni, non è disponibile la declinazione in termini di attività e competenze dei profili professionali, ma, nel caso delle professioni regolamentate, un link al database della Commissione Europea sulle professioni regolamentate che contiene schede tecniche con informazioni sulla regolamentazione della professione a un elenco delle principali attività che la caratterizzano; nel caso dell'apprendistato, solo elenchi con le denominazioni dei profili, associati alla Classificazione delle professioni ISTAT 2011.

³² In tema vedi: ALAIMO, *Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro (SIUPoL) e Fascicolo Elettronico del Lavoratore (FEL)*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dopo il Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, pp. 109-116.

mazioni in esso contenute allo scopo di certificare i percorsi formativi seguiti e le esperienze lavorative effettuate.

Con il Decreto 8 gennaio 2018 riguardante l'istituzione del Quadro nazionale delle qualificazioni (QNQ) rilasciate nell'ambito del Sistema nazionale di certificazione delle competenze si compie un ulteriore passo avanti, in direzione del raccordo tra livello nazionale ed europeo: il QNQ è infatti il dispositivo attraverso cui è resa possibile la referenziazione di tutte le qualificazioni a uno degli otto livelli del Quadro europeo delle qualifiche (EQF). Tale decreto definisce le dimensioni e i livelli attraverso cui occorre descrivere le qualificazioni al fine di consentirne la referenziazione con il quadro europeo delle qualifiche, ribadendo che l'unità minima di riferimento sono le competenze³³ declinate in termini di abilità, conoscenze, autonomia e responsabilità.

4. *Sistema di relazioni industriali ed evoluzione della rappresentanza: il tassello mancante*

I sistemi di classificazione e inquadramento della contrattazione collettiva sono da tempo accusati, nel nostro Paese, di obsolescenza e scarsa reattività ai profondi cambiamenti che hanno investito il lavoro e le professioni, in tutti i settori e a tutti i livelli di qualificazione. Ciò ha determinato una loro perdita di centralità come fonte primaria di regolazione dell'organizzazione del lavoro e di riconoscimento della professionalità. La principale direttrice di cambiamento suggerita in letteratura ormai da decenni³⁴ è il

³³ Il QNQ assume il concetto di competenza quale comprovata capacità di utilizzare, in situazioni di lavoro, di studio o nello sviluppo professionale e personale, un insieme strutturato di conoscenze e di abilità acquisite nei contesti di apprendimento formale, non formale o informale, ai sensi del decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13.

³⁴ Cfr. MAGNANI, *op. cit.*, pp. 169 e ss. D'obbligo il riferimento, qui riportato, a F. Carinci, che già nel 1985, sottolineava come le nuove classificazioni fossero chiamate a interpretare una nuova realtà professionale, valorizzando le conoscenze e capacità richieste non per svolgere attività ben definite, ma per agire e reagire rispetto a situazioni mutevoli, create da un'organizzazione produttiva informatizzata e automatizzata. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in Aidlass, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti dell'VIII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Napoli 12-14 aprile 1985, Giuffrè, 1986, p. 32. Simili considerazioni sono state espresse, nell'ambito di un interessante studio sulla dimensione giuridica del concetto di competenza, da GUARRIELLO, *Per un approccio giuridico al tema delle compe-*

passaggio dal concetto statico di mansione ad un concetto dinamico di ruolo, che valorizza competenze e capacità, con la definizione di profili a banda larga che consentano una maggiore flessibilità ma anche una maggiore adattabilità in risposta alle evoluzioni imposte dai cambiamenti organizzativi, dei mercati ma anche in ragione di istanze di evoluzione professionale dei lavoratori. Ciò significherebbe sostituire sistemi di classificazione basati sul posto ricoperto e sulle mansioni contrattuali con sistemi in grado di valorizzare, appunto, la professionalità del lavoratore in termini di patrimonio professionale e competenze.

Tale prospettiva, caldeggiata dagli studiosi delle organizzazioni e recepita anche in ambito giuslavoristico, è stata però a lungo ignorata dagli attori del sistema di relazioni industriali, sebbene il tema abbia cominciato a ricevere interesse negli ultimi rinnovi contrattuali e in particolare con lo sviluppo della contrattazione decentrata. Buona parte degli accordi di rinnovo dei CCNL nel 2017-2018, infatti, ha previsto la ridefinizione e/o l'aggiornamento del sistema di classificazione e inquadramento del personale o introdotto particolari regole, procedure o sperimentazioni in materia: tra questi, alcuni rinnovi hanno predisposto un nuovo sistema di classificazione, in pochi casi realmente innovativi in quanto incentrati sul riconoscimento progressivo delle capacità professionali; altri hanno apportato modifiche circoscritte; la maggior parte ha istituito commissioni paritetiche con il compito di elaborare proposte per la definizione di una nuova classificazione. Tali tendenze si riflettono sulla contrattazione aziendale, con un numero crescente di accordi che introducono regole di tipo procedurale, prevedono interventi di aggiornamento degli attuali sistemi o di sviluppo di nuovi, introducono nuove figure professionali³⁵.

Ad oggi, tuttavia, siamo ancora lontani da una prospettiva di riferibilità di tali sistemi classificatori agli standard pubblici e privati di certificazione presentati nei paragrafi precedenti, e pare quasi surreale parlare di una possibile interoperabilità tra i sistemi mediante correlazione tra i profili con-

tenze, in *Osservatorio sul mercato del lavoro e sulle professioni*, 1999, 20(5/6), pp. 113-170. Tra i contributi più recenti vedi ALESSI, *Professionalità, contratto di lavoro e contrattazione collettiva*, oggi, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 23-30.

³⁵ Per una ricostruzione puntuale di tutte queste evoluzioni vedi *La contrattazione collettiva in Italia, V rapporto ADAPT*, ADAPT University Press, 2019, nonché l'approfondimento tematico sviluppato da D'ADDIO, *La tutela e lo sviluppo della professionalità nella più recente contrattazione collettiva*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 72-97.

tenuti nelle declaratorie dei contratti collettivi e quelli contenuti nei repertori degli standard attualmente esistenti, tanto più che il processo di costruzione del repertorio unico ex art. 8 del d.lgs. 13/2013 non contempla una reale integrazione dei sistemi di classificazione dei contratti collettivi. Questo era invece l'obiettivo del Testo Unico dell'apprendistato del 2011, che aveva previsto l'introduzione di un Repertorio delle qualifiche professionali che avrebbe dovuto essere predisposto mediante una operazione di ricodifica e correlazione degli standard formativi con gli standard professionali contenuti nella contrattazione collettiva³⁶.

Tali sistemi classificatori procederanno dunque, anche ammesso che un rinnovamento avvenga, su un binario parallelo, a meno che non siano gli attori delle relazioni industriali a iniziare a giocare un ruolo di nodo di collegamento tra i diversi sistemi. Il coinvolgimento delle parti sociali nella codifica degli standard pubblici a livello prima regionale e poi nazionale ha però finora assunto una veste formale più che sostanziale, e lo stesso può dirsi per il loro coinvolgimento nelle commissioni tecniche di UNI in cui si svolge l'attività di normazione dei profili professionali.

La sfida di assicurare un coordinamento tra sistemi di qualificazione della professionalità della autonomia collettiva e sistema pubblico di certificazione delle competenze non è stata accolta neanche dai Fondi interprofessionali per la formazione continua, che pure avrebbero potuto giocare un ruolo propulsivo sia sul fronte della diffusione della certificazione delle competenze presso le aziende, sia su quello dell'ammodernamento dei sistemi di classificazione e inquadramento attraverso le attività propedeutiche di ricerca e analisi dei fabbisogni professionali che sono titolati a svolgere. Esistono positive eccezioni, che non vanno però nella direzione di promuovere una logica di sistema. Emblematico il caso del Fondo Banche e Assicurazioni, tra i Fondi interprofessionali per la formazione continua quello che ha più investito sul tema della certificazione delle competenze, svolgendo un prezioso lavoro di mappatura dei profili e delle competenze del settore che è confluito in un manuale operativo³⁷, ma non è collegato ai sistemi di classificazione e

³⁶ RUSTICO, TIRABOSCHI, *Standard professionali e standard formativi*, in TIRABOSCHI (a cura di) *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Collana Le Nuove Leggi Civili, 2011.

³⁷ ABI e FBA hanno pubblicato un Manuale di certificazione delle qualifiche delle banche commerciali. I principi dell'European Qualifications Framework (EQF) (a cura di DURANTE,

inquadramento del CCNL del settore. Al contempo il Fondo ha portato avanti una collaborazione con UNI per l'elaborazione della prassi di riferimento UNI/PdR 10:2014, *Profili professionali presenti nelle banche commerciali – Requisiti di conoscenza, capacità e competenza*, che ha sostanzialmente recepito il contenuto del manuale e sulla cui base è stato costruito un sistema di certificazione accreditato dall'Ente italiano di accreditamento (Accredia) per più di 20 profili professionali, che sono dunque oggi “normati” secondo le procedure descritte nel § 2.

Nella perdurante assenza di un coordinamento tra attività dei Fondi interprofessionali e sistema pubblico di certificazione delle competenze, tra iniziative di mappature di ruoli e profili avviate anche dagli stessi Fondi e sistemi di classificazione e inquadramento del personale dei settori di riferimento, tra questi ultimi e gli standard pubblici, come già argomentato, prende forma invece un canale di comunicazione tra il sistema dei Fondi interprofessionali per la formazione continua e quello della normazione tecnica.

5. *L'infrastruttura (ancora mancante) di un moderno mercato del lavoro*

Il crescente peso della professionalità nella regolazione delle relazioni di lavoro fa emergere un interrogativo centrale, già sollevato in termini chiari ed estremamente attuali nel 2004 da Mariella Magnani³⁸ e richiamato in apertura di questo contributo, relativo a “come” sia possibile misurare e comunicare le capacità che vengono acquisite mediante l'apprendimento professionale “senza tradire la complessità delle competenze che si vorrebbero stimare, riducendole alle dimensioni (necessariamente povere) di uno standard comunicabile?”.

La risposta a questa domanda si sostanzia oggi nella configurazione di diversi sistemi poco o nulla comunicanti tra di loro, che si è tentato in questo contributo di ricostruire al fine di rispondere all'interrogativo se siano in corso processi di integrazione, competizione o sostituzione tra diversi attori e forme di regolazione nell'ambito dei processi di riconoscimento della professionalità.

FRACCAROLI, Bancaria Editrice, 2013) che raccoglie al suo interno un Repertorio delle figure professionali del settore del credito.

³⁸ MAGNANI, 2004, *op. cit.*, p. 168.

Si tratta di sistemi che perseguono obiettivi diversi che però sono accomunati dalla finalità del riconoscimento della professionalità ai fini della regolazione dei mercati del lavoro (interni, esterni, professionali), e che dovrebbero essere integrati sia ai fini di un loro corretto funzionamento, sia ai fini della creazione di *un sistema* idoneo a concretizzare la prospettiva della tutela della professionalità mediante riconoscimento e trasferibilità delle competenze professionali in una prospettiva di corso di vita.

Alla luce dell'analisi fin qui solta, si profila invece un processo "a due velocità" che vede la normazione tecnica dei profili professionali crescere a ritmi sostenuti, conquistando spazi che non sono presidiati da un sistema pubblico bloccato a metà del guado, con dinamiche rischiano di nuocere alla creazione di un sistema integrato di riconoscimento della professionalità e certificazione delle competenze che abbia un impatto reale sulle carriere lavorative delle persone.

Il processo di normazione tecnica dei profili professionali, infatti, si inserisce di fatto nell'area regolata dal sistema pubblico della certificazione delle competenze, con cui dovrebbe dunque coordinarsi tanto in termini di standard di processo, di servizio, di sistema, quanto in termini di standard professionali ricompresi nel Repertorio nazionale delle professioni di cui all'art. 8 del d.lgs. 13/2013: occorre dunque trovare adeguati strumenti di raccordo tra i profili in esso contenuti e eventuali norme tecniche riguardanti i professionisti che operano nello stesso settore. È certamente vero che le norme tecniche UNI hanno una logica di certificazione privata che almeno formalmente non si sovrappone alla certificazione delle competenze del sistema pubblico, ma è tuttavia evidente che con questa procedura si sono sviluppati quadri regolatori e mercati che svuotano progressivamente o comunque depotenziano sia il ruolo del regolatore pubblico che quello della rappresentanza del mondo del lavoro. Vero anche che, da un lato, la l. 4/2013 richiama espressamente le norme tecniche attribuendo un ruolo di rinnovata centralità e specifici compiti alle associazioni di professionisti nella loro determinazione; dall'altro lato, la l. 92/2012 prima, e il d.lgs. 13/2013 dopo, prevedono che laddove applicabile sia tenuto in considerazione il sistema della normazione tecnica e che gli enti titolati secondo le procedure del sistema pubblico, per l'erogazione di servizi di certificazione delle competenze in conformità alle norme tecniche UNI, debbano essere in possesso dell'accreditamento da parte dell'organismo nazionale italiano di accreditamento (art. 4, co. 5 d.lgs. 13/2013). È evidente che questo ha un impatto sulle prerogative

degli enti titolati a certificare le competenze nei diversi ambiti individuati dalla l. 92/2012 e dal suo decreto attuativo. Si tratta peraltro di meccanismi di raccordo che andrebbero proprio nella direzione di assicurare una positiva complementarità e integrazione tra la normazione tecnica volontaria e il settore cogente, se adeguatamente interpretati.

Come già rilevato con riferimento agli standard pubblici che si riferiscono alle competenze maturate in contesto di lavoro, anche le norme UNI configurano uno standard professionale per la certificazione di competenze maturate in tutti i contesti di lavoro, tanto dai professionisti autonomi quanto dai dipendenti in imprese che applicano contratti collettivi: non si può, dunque, trascurare l'importanza di coordinamento con tale sistema, che si sostanzia quanto meno in una adeguata condivisione del processo di formazione delle norme con le parti sociali che normano nei contratti collettivi gli stessi profili. Anche su questo fronte un meccanismo di raccordo è previsto, e consiste nella regolamentazione interna di UNI che prevede, ai fini del rispetto dei principi di consensualità, democraticità e trasparenza, la partecipazione di tutti gli *stakeholders* alla formazione delle norme. Nei fatti, tuttavia, anche laddove concretamente si realizzi (non si tratta, infatti, di un requisito obbligatorio), la partecipazione delle associazioni datoriali e sindacali non si traduce in una effettiva garanzia di raccordo tra i due sistemi. Il raccordo con il sistema della rappresentanza è poi forte ed esplicito con riferimento alle associazioni di rappresentanza dei professionisti ex l. 4/2013, che come già ricordato sono chiamate espressamente dal Legislatore ad avere un ruolo attivo nei processi di definizione degli standard e di certificazione delle competenze dei professionisti che rappresentano, ma sono molte le criticità anche su questo fronte, legate alla natura e rappresentatività di tali associazioni e alla effettiva partecipazione al processo qui analizzato.

L'assenza di tali raccordi tra sistema della autonomia collettiva, sistema pubblico e della autoregolamentazione privata è legata, come già argomentato, anche alle difficoltà di fare evolvere i sistemi di classificazione e inquadramento del personale in modo da rendere possibile la "comunicazione" con gli altri standard (cosa che richiederebbe, come minimo, l'assunzione della stessa unità minima di riferimento e cioè la competenza definita in termini di abilità, conoscenze, autonomia e responsabilità)³⁹. D'altra parte, i ti-

³⁹ Interessante a tal proposito un recente studio di TAGLIAVINI, che propone di ripensare i sistemi di classificazione e inquadramento del personale del settore metalmeccanico adottando gli strumenti e la logica dell'*E-Competence Framework*. Posta la necessità di adottare uno standard

midi segnali di rinnovamento dei sistemi classificatori dei contratti collettivi, è stato sottolineato⁴⁰, potrebbero aumentare, anziché ridurre, il rischio di non comunicabilità tra i sistemi, poiché riguardano sempre più spesso il livello della contrattazione aziendale: ciò comporterebbe il rischio che i nuovi sistemi siano schiacciati su logiche organizzative a livello *micro* con un proliferare di sistemi classificatori non raccordati alle dinamiche *macro* che si tradurrebbe in una scarsa trasferibilità delle competenze per i lavoratori.

In conclusione, se ad oggi si assiste a dinamiche competitive (con il rischio di effetti sostitutivi) tra sistema pubblico e autoregolamentazione privata e a una sostanziale mancanza di integrazione di tali sistemi con quelli contenuti nei contratti collettivi nazionali, la valorizzazione di adeguati raccordi (in parte già esistenti) tra legge, norme tecniche e autonomia collettiva potrebbe invece far traghettare la certificazione della professionalità da semplice strumento o garanzia della trasparenza del mercato del lavoro e della sua conoscibilità (o tutt'al più di mero *personal branding*) a quel moderno diritto sociale, di cui parlava Aris Accornero richiamato all'inizio del nostro studio, che ci pare fondamentale per consentire la trasferibilità e la riconoscibilità delle competenze professionali nelle dinamiche di quei mercati transizionali del lavoro che sono stati oggetto di un nostro precedente studio⁴¹ che vale la pena qui richiamare per evidenziare i punti di saldatura verso un nuovo sistema di regolazione del lavoro e delle sue forme.

per la definizione e classificazione delle competenze, l'E-CF secondo l'A. offre, a differenza dell'EQF, un sistema di classificazione utile poiché descrive non solo i livelli di competenza ma anche i contenuti dei profili professionali. TAGLIAVINI, *Una proposta di riforma del sistema di inquadramento: verso un sistema fondato sulle competenze*, in *Professionalità Studi*, 2018, 1, pp. 145-197.

⁴⁰ MARASCO, Il ruolo dell'associazione datoriale tra mercato del lavoro e tutela della professionalità, in *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, 2, pp. 74-87.

⁴¹ CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, in *DRI*, 2017, 3, pp. 634-685.

Abstract

Obiettivo del contributo è analizzare presupposti, caratteristiche e modalità di funzionamento di diversi dispositivi di riconoscimento della professionalità afferenti a tre differenti ambiti di regolazione, per rispondere alla domanda se siano in corso dinamiche di competizione o integrazione tra diversi sottosistemi e fonti di regolazione. Ad oggi si assiste a dinamiche competitive (con il rischio di effetti sostitutivi) tra sistema pubblico e della autoregolamentazione privata e a una sostanziale mancanza di integrazione di tali sistemi con quello della autonomia collettiva. Al contrario, la valorizzazione di adeguati raccordi (in parte già esistenti) tra legge, norme tecniche e contrattazione collettiva, potrebbe trasformare la certificazione della professionalità in un importante strumento di tutela dei lavoratori. Il contributo affronta per la prima volta in ambito giuslavoristico il tema della certificazione delle attività professionali sulla base di norme tecniche accostandolo ai più tradizionali dispositivi per il riconoscimento della professionalità già studiati in letteratura.

The aim of the paper is the analysis of assumptions, characteristics and functioning of various devices for recognizing professionalism related to three different regulation areas, to answer the question whether competition dynamics or integration between different sub-systems and regulation sources are in progress. Today we are witnessing competitive dynamics (with the risk of substitutive effects) between the public system and self-regulation area, and a substantial lack of integration of these systems with that of collective bargaining. On the contrary, the enhancement of adequate connections (partly already existing) between law, technical standards and collective bargaining, could transform the certification of professionalism into an important tool for protecting workers. The contribution addresses, for the first time in the field of labour law, the issue of certification of professional activities based on technical standards, combining it with the traditional devices for the recognition of professionalism already studied in literature.

Key words

Professionalità, competenze, legge, autoregolazione, norme tecniche, contrattazione collettiva.

Professionality, skills, law, self-regulation, technical standards, collective bargaining.

Federico Pascucci

Il *whistleblowing*

Sommario: **1.** Il *whistleblowing*: definizione e profili generali. **2.** Prima della l. n. 179/2017: il *whistleblowing* nel lavoro pubblico... **3.** (*Segue*) ...e nel lavoro privato. **4.** La riforma del 2017. **5.** Luci e ombre nella nuova disciplina nazionale del *whistleblower*. **6.** La Direttiva n. 2019/1937. **7.** Conclusioni.

1. Il *whistleblowing*: definizione e profili generali

La definizione letterale di “*whistleblowing*” è – più o meno – quella di “suonare il fischietto”, anche se si può tradurre l’espressione come “spifferare un’informazione” o, più semplicemente, con il termine “soffiata”¹. Peraltro queste ultime espressioni, che hanno certamente un significato alquanto negativo nell’uso comune, potrebbero suggerire un comportamento eticamente scorretto, al limite dell’illecito. In realtà il *whistleblowing* è tecnicamente la segnalazione di azioni illegali, illecite o comunque immorali da parte di soggetti che ne siano venuti a conoscenza nell’ambito del rapporto di lavoro e rivolta a un altro soggetto in grado di intervenire sull’azione stessa², e configura quindi un’azione tutt’altro che disdicevole, ma in grado di soddisfare, in certe condizioni, notevoli interessi pubblici.

Questo fenomeno ha acquisito una certa importanza negli ultimi tempi, vuoi a seguito dei grandi scandali finanziari che hanno travolto numerose aziende subito prima della crisi iniziata nel 2008 (tipo Enron o WorldCom) oppure a ridosso di essa (la banca speculativa Lehman Brothers su tutte), i

¹ AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, p. 226 ss.

² Per tale definizione, elaborata dalla letteratura internazionale, si veda FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale: aspetti definitivi e fattori determinanti*, in *RDC*, 2007, pp. 929-930.

quali hanno dimostrato l'esigenza di assicurare alle imprese un efficace sistema di controllo interno e di trasparenza informativa al fine di raggiungere l'efficienza operativa, vuoi per l'entrata in vigore nel nostro paese del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sulla responsabilità amministrativa – in realtà penale – delle imprese per i reati commessi dai propri dipendenti nel loro interesse o a loro vantaggio, responsabilità da cui l'ente può esimersi ove dimostri di essersi dotato di modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati in questione. E una parte fondamentale di tali modelli è data proprio dalle modalità di comunicazione delle informazioni a uno specifico Organo di vigilanza (da adesso in poi ODV), comunicazione che può avvenire sia dall'alto verso il basso, ma anche “controcorrente” (*upstream*), ossia partire dai livelli inferiori della piramide gerarchica e proseguire poi per raggiungere quelli superiori.

Il *whistleblowing* – istituto di chiara matrice anglosassone – si fonda sull'idea che occorre coinvolgere il lavoratore nell'attività di contrasto “a quanto compromette la corretta amministrazione, distorce la concorrenza, ostacola lo sviluppo economico e inquina le fondamenta morali della società”, e trova nei paesi di *common law*, Stati Uniti *in primis*, il suo luogo di origine³.

Più analiticamente, la problematica riguardante il *whistleblowing* si concentra vuoi sull'individuazione delle sue caratteristiche, vuoi sugli strumenti più idonei per proteggere da conseguenze pregiudizievoli il lavoratore pubblico e/o privato che segnala abusi o illeciti riscontrati durante la sua attività all'interno dell'ente di appartenenza.

Quanto al primo punto, la dottrina internazionale⁴ è concorde nel fissare alcuni elementi che la “soffiata”, pur nella varietà delle forme in cui può avvenire, deve presentare. Le informazioni che il *wistleblower* comunica devono essere riservate o ancora meglio segrete, e la stessa comunicazione (c.d. *disclosure* o *report*) deve essere espressione di dissociazione dal comportamento riscontrato, di modo che essa, essendo finalizzata al raggiungimento del ri-

³ Così CORSO, *La via italiana al whistleblowing tra obbligo di fedeltà e “diritto alla legalità”*, in *VTDL*, 2016, p. 163. Sull'evoluzione del *whistleblowing* negli Usa e in Gran Bretagna vedi ARNAUDO, *Whistleblowing: le parole e le cose*, in *MCR*, 2015, p. 345 ss. Sul decisivo impulso dato al *whistleblowing* dal *Sarbanes Oxley Act* vedi LATTANZI, *Prime riflessioni sul whistleblowing: un modello da replicare “ad occhi chiusi”?*, in *RIDL*, 2010, I, p. 337 ss.

⁴ Per la *summa* delle caratteristiche come individuate dalla letteratura internazionale vedi FLORIO, *op. cit.*, p. 930 ss.

sultato di bloccare la condotta stigmatizzata, configura sempre un'azione voluta e non certo accidentale⁵.

Ancora, lo stesso *whistleblower* deve essere – o almeno essere stato – membro dell'ente al cui interno ha osservato la condotta stigmatizzata. Peraltro l'espressione “membro dell'organizzazione” viene interpretata in maniera tutt'altro che restrittiva, ragion per cui se essa sicuramente include il lavoratore dipendente, può comunque essere estesa fino a ricomprendere anche soggetti diversi, quali consulenti, fornitori, o, addirittura, clienti. Vero elemento fondamentale è che, comunque, il *whistleblower* sia un soggetto che non è mai in grado, vista la posizione che riveste nell'ambito dell'ente, di bloccare o comunque mettere in discussione il comportamento segnalabile senza rischio di subire rappresaglie (*retaliation*)⁶.

L'informazione non deve necessariamente riguardare un comportamento illecito (e quindi *contra legem*, indipendentemente se penale, amministrativa o civile), potendo la condotta segnalata essere anche solo “scorretta”, purché sia comunque contraria a una prescrizione dell'organizzazione (codice di condotta o regolamento interno) o a principi etici, mentre è necessario sempre un contesto organizzativo, ossia un'organizzazione alle cui regole il soggetto colpevole (c.d. *wrongdoer*) deve conformarsi⁷.

Da ultimo il destinatario della comunicazione può essere sia un soggetto interno all'organizzazione (ad es., superiori gerarchici), sia un soggetto esterno (autorità amministrative e/o giudiziarie, oppure i *mass media*), ma, in ogni caso, dotato di poteri di verifica e intervento in grado di rispondere efficacemente alla segnalazione.

⁵ Cfr. ancora FLORIO, *op. cit.*, p. 930. Parla di condotte originariamente destinate a rimanere “private (o, meglio, segrete)” anche CORSO, *op. cit.*, p. 163.

⁶ L'espressione inglese *whistleblowing* indica proprio le garanzie *anti retaliation* delle quali possono beneficiare i lavoratori che, di propria iniziativa, segnalano comportamenti identificati come illeciti. Cfr. sul punto LATTANZI, *op. cit.*, pp. 336-337.

⁷ Alla violazione di norme di legge o di codici interni CORSO, *op. cit.*, p. 163, aggiunge anche “semplici disfunzioni organizzative e situazioni di rischio”. Per un'esemplificazione delle condotte passibili di *whistleblowing* cfr. FLORIO, *op. cit.*, p. 932, per la quale si va dalla semplice condotta disdicevole o incompetente alla violazione dei diritti umani, passando per la frode, la corruzione e la violazione delle norme di sicurezza “e così via”.

2. *Prima della l. n. 179/2017: il whistleblowing nel lavoro pubblico...*

In Italia, l'esigenza di assicurare efficaci meccanismi di contrasto all'illegalità in generale, e alla corruzione in particolare, agendo dall'interno dell'ente – ossia le stesse esigenze a cui risponde il *whistleblowing* nei paesi di *common law* – ha portato a una prima codificazione dell'istituto nell'art. 54 *bis* del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 sul lavoro pubblico (articolo introdotto con l. 6 novembre 2012 n. 190)⁸.

La norma – nel testo precedente la riforma del 2017 – prevedeva la facoltà per il dipendente pubblico di denunciare all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti, o – dopo la modifica apportata dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114) – all'ANAC, oppure di segnalare al suo superiore gerarchico, condotte illecite di cui fosse venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. A seguito della denuncia o della segnalazione il dipendente non poteva essere licenziato, né sottoposto a una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per qualunque motivo collegato, direttamente o indirettamente, con il *report*.

Quanto alla condotta, risultava abbastanza chiaro che il dipendente riceveva protezione in caso di segnalazione di illeciti penali, di illeciti amministrativi, o di condotte disciplinarmente rilevanti⁹. Indicativo in tal senso era il ventaglio dei destinatari della denuncia: se il riferimento all'autorità giudiziaria e all'ANAC lasciava pochi dubbi sul fatto che questa riguardasse un reato, la denuncia alla Corte di conti o la segnalazione al proprio superiore gerarchico potevano ricomprendere comportamenti rilevanti dal punto di vista amministrativo o disciplinare, ma non consistenti necessariamente in una violazione della norma penale¹⁰.

⁸ Per un commento vedi RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, in *DLRI*, 2017, p. 139, ma soprattutto p. 147 ss., CARINCI M.T., *Whistleblowing in Italy: rights and protections for employees*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 106, in particolare pp. 3-5 e BELSITO, *Il whistleblowing: tutele e rischio per il soffiatore*, Cacucci, 2013, p. 41 ss.

⁹ Cfr. sul punto RICCIO, *op. cit.*, p. 148 per il quale la mancata delimitazione fatta dalla norma in ordine alla materia oggetto dell'illecito determinava l'applicazione della tutela ivi prevista al lavoratore che segnalasse ogni tipo di illecito, ma anche che la segnalazione di ogni tipo di illecito ricevesse la specifica tutela solo se effettuata nei modi indicati dall'art. 54 *bis*.

¹⁰ Vedi CORSO, *op. cit.*, p. 181, per cui la denuncia alla Corte dei conti lasciava trasparire la convinzione che la condotta illecita avesse prodotto un danno erariale, ma che comunque non si fosse estrinsecata necessariamente in un reato, mentre la segnalazione al superiore gerarchico valorizzava "la componente amministrativa della condotta illecita portata a conoscenza in via gerarchica".

La tutela non era illimitata, ma spettava al dipendente che avesse conosciuto la condotta “in occasione del rapporto di lavoro”, e la cui segnalazione non si risolvesse nel reato di calunnia o diffamazione, oppure in un’azione comunque illecita dal punto di vista civile *ex art. 2043 cod. civ.* Detto in altri termini, la segnalazione doveva riguardare un comportamento illecito che non fosse estraneo all’ambito lavorativo e che avesse una qualche ricaduta sul corretto funzionamento dell’ufficio pubblico. Né essa poteva avere natura abusiva o abnorme, ossia perseguire fini estranei e ulteriori rispetto al “buon andamento della pubblica amministrazione”¹¹.

Una volta che la segnalazione non fosse uscita dai limiti sopra individuati, la tutela del segnalante si concretizzava nel divieto di comportamenti ritorsivi da parte della pubblica amministrazione (d’ora in poi PA), da una parte, e, dall’altra, nella garanzia del suo anonimato.

Peraltro la garanzia di anonimato finiva per entrare in rotta di collisione con l’antitetico, ma altrettanto fondamentale, diritto di difesa dell’incolpato. Sotto questo profilo, il testo *ante* riforma 2017 prevedeva, nel caso di apertura del procedimento disciplinare da parte della PA a seguito della segnalazione, l’impossibilità per la stessa di rivelare il nome del segnalante senza il suo consenso, ove la contestazione di addebito non si fosse basata solamente sulla segnalazione stessa, ma fosse fondata su accertamenti “distinti e ulteriori”. Qualora invece la stessa contestazione si fosse basata solo o almeno parzialmente sulla segnalazione, allora il diritto di difesa dell’incolpato e la garanzia del contraddittorio finivano per prevalere sulla esigenza di segretezza dell’identità del segnalante, sempre che – secondo la lettera dell’art. 54 *bis* – la conoscenza dell’identità del *whistleblower* fosse “assolutamente indispensabile per la difesa dell’incolpato”¹².

Qualora a seguito della sua segnalazione il lavoratore fosse stato sottoposto a licenziamento o a qualunque altra misura discriminatoria, l’art. 54 *bis* prevedeva, al co. 3, la segnalazione, su iniziativa dello stesso o dei sindacati

¹¹ Ancora CORSO, *op. cit.*, pp. 181-182, per cui “l’agire segnalando condotte illecite insistenti con il fine di un regolamento di conti con un collega di lavoro”, lungi dal garantire la copertura al segnalante, lo esponeva alla responsabilità penale e/o a quella civile. Parzialmente diffonde la lettura di RICCIO, *op. cit.*, p. 148, secondo il quale il vecchio testo dell’art. 54 *bis* non avallava l’interpretazione che vi dovesse essere un rapporto di necessità tra illecito ed attività tipica dell’amministrazione ai fini dell’applicazione della tutela.

¹² Senza contare che la garanzia di anonimato si rivelava del tutto relativa, visto che la stessa veniva seriamente messa a rischio ove il comportamento segnalato avesse avuto rilevanza penale. Cfr. sul punto CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5.

maggiormente rappresentativi, di detta misura al Dipartimento per la funzione pubblica “per i provvedimenti di competenza”.

Peraltro è da ritenere che tale rimedio non fosse esclusivo, ma parallelo al normale canale della tutela giudiziaria, con la conseguenza che il mezzo principale che il segnalante aveva per difendersi dalla “rappresaglia” rimaneva sempre il ricorso al giudice per far dichiarare la nullità del provvedimento discriminatorio adottato. Risultato, quest’ultimo, in verità per nulla scontato, visto che la prova dell’intento ritorsivo – e quindi discriminatorio – del provvedimento emesso dalla PA gravava sul lavoratore¹³, e che tale onere diveniva tanto più arduo quanto più il provvedimento percepito come *retaliation* si allontanava temporalmente dalla segnalazione o poteva comunque essere giustificato dall’amministrazione come richiesto dal principio di ottimizzazione delle risorse pubbliche. Il tutto senza contare l’incognita, sempre presente, che la segnalazione fosse ritenuta ingiustificata o, peggio, calunniosa, con la conseguenza che l’interessato, oltre a perdere la copertura dell’art. 54 *bis*, si vedeva esposto a conseguenze penali, contabili o civili.

Alla luce di ciò non deve dunque stupire la scelta fatta da molti dipendenti pubblici. Questi, posti di fronte al bivio se segnalare l’illecito, con tutte le conseguenze in termini di costi e stress che ne sarebbero derivate, o lasciare inalterato lo *status quo*, preferendo non inimicarsi colleghi e superiori e rovinare l’ambiente di lavoro, hanno optato per la seconda alternativa, condannando la norma in questione alla scarsa applicazione che ha avuto nel corso del tempo, e facendo sorgere l’esigenza per il legislatore del 2017 di modificarla, cercando di renderla più efficace¹⁴.

3. (Segue) ...e nel lavoro privato

Sprovvisto di disciplina legale *ad hoc* era – prima della riforma del 2017 – il settore privato. Peraltro ciò non voleva dire che il dipendente che se-

¹³ Rilevano tale criticità RICCIO, *op. cit.*, pp. 157 ss., CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 5, la quale però, nella nota 16, rileva come il rischio in questione fosse parzialmente disinnescato – “*partially defused*” – dall’onere, per il datore di lavoro, di provare la giusta causa o il giustificato motivo del licenziamento *ex art. 5, l. 15 luglio 1966 n. 604*, e BELSITO, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ Per una *summa* delle criticità dell’art. 54 *bis* si vedano le considerazioni di ARNAUDO, *op. cit.*, p. 556, il quale riporta quanto emerso dalla relazione annuale ANAC del 2014, rilevando altresì l’assenza di un dispositivo premiale di tipo economico – il cosiddetto *bounty* – che è stato un fattore determinante nel successo dell’istituto del *whistleblowing* nel mondo anglosassone.

gnalasse comportamenti illeciti fosse completamente privo di tutele. Semplificamente queste ultime venivano individuate nei principi generali del diritto del lavoro.

Il lavoratore del settore privato che denunciava all'autorità giudiziaria comportamenti illeciti del proprio datore di lavoro non violava – secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale – l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ., purché la denuncia fosse effettuata nel consapevole rispetto della verità dei fatti, e non avesse carattere calunnioso, non essendo richiesto al prestatore un “dovere di omertà”¹⁵.

Parzialmente diverso era invece l'esercizio del “diritto di critica” del lavoratore, il quale, oltre alla verità di quanto affermato, doveva anche rispettare i limiti della contenenza della forma espositiva utilizzata, specie ove le rivelazioni fossero dirette agli organi di informazione, pena la natura diffamatoria – e quindi disciplinarmente rilevante – del comportamento posto in essere¹⁶.

Ove il lavoratore segnalante fosse rimasto nei limiti sopra individuati, il licenziamento o qualsiasi altro provvedimento ritorsivo poteva essere dichiarato illegittimo dal giudice, sempre che – naturalmente – il lavoratore fosse riuscito a dimostrare il collegamento tra la segnalazione e il provvedimento stesso (e quindi la sua natura di *retaliation*).

Discorso diverso invece doveva farsi in caso di *report* interno, ossia di segnalazione avvenuta all'interno della stessa impresa. Se, da una parte, in tale frangente non poteva certamente essere chiamata in causa la violazione dell'obbligo di fedeltà¹⁷, l'unica norma a cui l'istituto del *whistleblowing* si poteva agganciare – ossia l'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità “ammi-

¹⁵ Principio espresso in Cass. 26 settembre 2017, n. 22375 in *Rep. FI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1213; Cass. 16 febbraio 2017 n. 4125, in *LG*, 2017, p. 456, con nota di Santoro; Cass. 23 marzo 2012 n. 4707, in *RIDL*, 2012, II, p. 831, con nota di Carinci M.T.; Cass. 16 gennaio 2001 n. 516, in *RIDL*, 2001, II, p. 453. Vedi in dottrina RICCIO, *op. cit.*, p. 151, secondo cui i doveri di cui all'art. 2105 cod. civ. sono riferiti solo alle attività lecite del datore di lavoro, “non potendosi certo richiedere al lavoratore l'osservanza di questi obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti”, AIMO, *op. cit.*, p. 247, nonché ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 239.

¹⁶ Cfr. Cass. 29 novembre 2016 n. 24260, in *ADL*, 2017, p. 420, con nota di Fontana. Sul bilanciamento tra i diritti di informazione e di critica del lavoratore e i diritti al segreto e alla dignità personale del datore vedi CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 8 ss. ma soprattutto p. 10. Sia consentito di rimandare sul punto anche ad ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro*, in *RGL*, 2019, II, p. 250 e alla bibliografia *ivi* citata.

¹⁷ Cfr. sul punto sia CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14 che LATTANZI, *op. cit.*, p. 346, nota 37.

nistrativa” degli enti – prevedeva semplicemente l’esonazione per l’ente dalla responsabilità per i reati commessi a suo vantaggio o nel suo interesse se, prima della commissione dei reati stessi, questi avesse adottato un modello di organizzazione e gestione adeguato a prevenire gli illeciti, e sempre che il compito di vigilare sull’attuazione di tali modelli fosse affidato a un organo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Ora, *nulla questio* sul fatto che uno degli strumenti più efficaci per rendere effettivo l’art. 6 in questione – e scriminare l’ente dalla responsabilità – fosse proprio quello di prevedere all’interno del modello organizzativo un canale specifico che permettesse a tutti i lavoratori – e non solo a loro – di segnalare all’ODV qualunque *wrongdoing*, fosse esso un reato, un illecito amministrativo, civile o semplicemente un comportamento “eticamente scorretto” (violazione del codice etico). Rimaneva però il fatto che tale segnalazione non era un obbligo del lavoratore definito a livello legislativo, ma poteva diventarlo soltanto, e solo eventualmente visto che l’adozione del modello non era obbligatoria, in via unilaterale mediante il suo inserimento nel codice disciplinare dell’azienda¹⁸.

Così come rimaneva – ed era questo l’aspetto più grave – il fatto che l’art. 6 cit. non prevedeva nessun tipo di cautela che garantisse l’anonimato del segnalante, né, soprattutto, nessuna misura *anti-retaliation*, con la conseguenza che il *whistleblower* veniva rimandato alle tutele classiche del diritto del lavoro come sopra individuate dalla giurisprudenza.

Il tutto senza contare la disciplina sul diritto di accesso ai dati dell’interessato contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice *Privacy*) e più specificatamente nell’art. 7 (vedi ora artt. 13-15 del Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016), il quale prevedeva non soltanto il diritto a conoscere quali informazioni fossero trattate sul proprio conto, ma anche l’origine delle stesse, a meno che non vi fosse una limitazione del diritto medesimo quando ciò costituiva una misura necessaria alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. In tale ottica, l’operazione di bilanciamento degli

¹⁸ Vedi ancora CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 14. Peraltro detto inserimento non sempre è necessario, posto che, nel caso in cui il lavoratore occupi un posto elevato nella scala gerarchica e svolga mansioni di elevata professionalità, il vincolo di cui all’art. 2105 cod. civ. diventa sempre più stringente. Ne deriva che può essere irrogato un licenziamento disciplinare per mancata segnalazione degli illeciti commessi dal proprio superiore, anche se tale obbligo non era previsto nel codice disciplinare. Si veda sul punto Cass. 8 giugno 2001 n. 7819, in *NGL*, 2001, p. 600. Sulla questione cfr. anche RICCIO, *op. cit.*, p. 153.

interessi veniva lasciata alla discrezionalità del legislatore¹⁹, e ciò, in mancanza di un'esplicita previsione di riservatezza del nome del segnalante nel d.lgs. 231/2001, significava che l'incolpato poteva conoscere, facendone richiesta, l'identità del *whistleblower*.

Posta così la questione – e benché una parte della dottrina non considerasse affatto giustificata l'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina che tutelasse specificatamente il *whistleblowing*, potendo la protezione del lavoratore segnalante essere affrontata con i normali strumenti del diritto del lavoro²⁰ –, si può ben comprendere come l'art. 6 del d.lgs. 231/01 abbia sofferto di un ritardo nella sua applicazione più grave rispetto a quello che ha caratterizzato l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01 nel lavoro pubblico, ritardo aggravato non soltanto dalle normali remore del lavoratore di subire ritorsioni ma anche dalla mancanza di esplicite garanzie previste dalla legge.

4. La riforma del 2017

Conscio dei limiti presenti nelle discipline del settore pubblico e privato, il legislatore decide di riformare la materia e – dopo un lungo *iter* – viene approvata la l. 30 novembre 2017 n. 179 (“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”)²¹.

¹⁹ Cfr. sull'intera questione LATTANZI, *op. cit.*, pp. 354-355.

²⁰ È questa l'idea di LATTANZI, *op. cit.*, p. 347, per cui “il *ius quo utimur*, rispetto ai profili giuslavoristi, sembra in grado di offrire sufficienti risposte”. Dello stesso avviso sembrerebbe CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 18 ss. secondo la quale al lavoratore sarebbe comunque spettata la tutela reintegratoria forte e la protezione contro il *mobbing*. Più dubbioso RICCIO, *op. cit.*, p. 162, il quale se da un lato rileva come l'ordinamento offrisse al lavoratore colpito da provvedimenti ritorsivi un “grado di tutela che non può certo definirsi debole”, rimarca come la mancanza di disposizioni volte a garantirlo in fase pre-giudiziaria, la necessaria esposizione personale nell'effettuare la segnalazione ed il conseguente giudizio “lasciato a operazioni interpretative dagli incerti confini svolte caso per caso”, non rappresentavano certo “un incentivo adeguato per l'emersione degli illeciti”.

²¹ Sulla l. n. 179/2017 vedi, fra gli altri, FREDIANI, *La delazione protetta quale diritto-dovere alla segnalazione d'allarme*, in *LG*, 2018, p. 221; MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *ADL*, 2018, p. 68; FRIGNANI, *Illeciti nel rapporto di lavoro- Finalmente una legge generale sul whistleblowing: luci e ombre*, in *DI*, 2018, p. 51; PETRUCCI, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *GD*, 2017, n. 48, p. 6; AVIO, *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in questa rivista, 2017, p. 655.

La legge si compone di tre articoli i quali, invece di costruire una normativa *ad hoc*, interpolano norme già esistenti. L'art. 1 riforma completamente l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/01, mentre l'art. 2 modifica l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, inserendo, dopo il co. 2, i commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*. L'art. 3 prevede invece una deroga al segreto d'ufficio, aziendale, professionale e/o scientifico.

Il cambio di rotta e l'importanza della legge del 2017 può evincersi già dalla rubrica, dalla quale si comprende come le tutele per il segnalatore ora si estendano anche al settore del lavoro privato, rimediando a una delle lacune più gravi della precedente situazione.

Il primo comma del nuovo art. 54 *bis* specifica che il dipendente pubblico può, “nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione”, segnalare al responsabile della prevenzione della corruzione, all'ANAC, oppure alla magistratura ordinaria e/o contabile, le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza “in ragione del proprio rapporto di lavoro”. Sparisce dunque tra i soggetti abilitati a ricevere l'informazione il superiore gerarchico, sul presupposto che detto soggetto possa essere in qualche modo coinvolto, connivente o comunque per nulla interessato a dar seguito alla segnalazione del *whistleblower*, mentre rimane sempre la necessità che le condotte stigmatizzate siano state acquisite all'interno dell'ambito lavorativo e che abbiano una ricaduta sul funzionamento del pubblico ufficio.

Il dipendente che segnala o denuncia non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o comunque sottoposto a qualunque misura organizzativa che abbia effetti negativi diretti o indiretti sulle condizioni di lavoro e che sia determinata dal suo *report*. Anche in tale caso è netta la differenza con la precedente normativa. Il legislatore passa dalla scarna previsione originaria – sanzione, licenziamento o misura discriminatoria – ad elencare specificatamente le condotte di *retaliation* vietate, che ora comprendono anche il demansionamento e/o il trasferimento.

Quanto alla discriminatorietà delle misure in questione, la stessa viene richiamata nel prosieguo del primo comma dell'art. 54 *bis*. In questo si afferma che dette misure – una volta adottate – vengono in ogni caso comunicate all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione coinvolta. L'ANAC, a sua volta, informa il Dipartimento della funzione pubblica oppure gli altri organismi di garanzia e disciplina per “gli eventuali provvedimenti di competenza”. Ne consegue una specie di doppio passaggio – prima l'ANAC e poi il Dipartimento della fun-

zione pubblica – che sembrerebbe appesantire la procedura, ma acquista una sua coerenza interna anche alla luce del potere dell'ANAC di irrogare le sanzioni a seguito dell'istruttoria in cui sia riconosciuto il carattere discriminante delle misure adottate dalla PA.

Il co. 2 dell'art. 54 *bis* è importante, in quanto precisa la nozione di “pubblico dipendente”, ricomprendendo in essa non soltanto il dipendente delle amministrazioni pubbliche, ma anche quello degli enti pubblici economici o degli enti privati sottoposti al controllo pubblico. Inoltre la disciplina dell'art. 54 *bis* “attrae” nella sua orbita anche i dipendenti e i collaboratori delle imprese che, pur essendo private, forniscono beni o servizi o realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica. È chiara la *ratio* inclusiva del comma in questione, il quale – oltre a dissipare ogni possibile dubbio derivante dal silenzio sul punto della precedente disciplina – tende a proteggere tutti i lavoratori che più facilmente possono venire a contatto con i fenomeni illeciti riguardanti la pubblica amministrazione, corruzione *in primis*.

Il co. 3 garantisce l'anonimato del dipendente, ma non tutela le segnalazioni anonime, in quanto specifica che “l'identità del segnalante non può essere rivelata”, dando così per assodato che questi deve comunque fornire la sua identità nel momento in cui effettua la segnalazione. Nel caso di denuncia penale, l'identità del *whistleblower* è coperta dal segreto *ex art.* 329 del cod. proc. pen., mentre nel caso di procedimento davanti alla magistratura contabile l'anonimato è protetto fino alla chiusura della fase istruttoria.

Rilevanti sono i cambiamenti in caso di procedimento disciplinare. L'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione si fondi su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, e questo anche se i primi sono conseguenti alla seconda. Nel caso invece in cui la contestazione si fondi in tutto o in parte sulla segnalazione e l'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione stessa potrà essere utilizzata – e, di conseguenza, il procedimento essere portato a compimento – solo ove il *whistleblower* abbia consentito a rivelare la sua identità.

Dalla lettera della legge potrebbe non risultare chiaro il ruolo del consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità, in quanto sembrerebbe che, in caso di indipendenza dell'addebito dalla segnalazione, la rivelazione sia sempre preclusa anche in caso di consenso, mentre ove l'addebito si fondi soltanto su di essa, sia necessario il consenso per poter proseguire il procedimento disciplinare. In realtà se si mettono a confronto il testo riformato e quello precedente ci si accorge come non dovrebbero esservi dubbi inter-

pretativi, posto che nel vecchio art. 54 *bis* il consenso, una volta prestato, legittimava a rivelare l'identità del segnalante in ogni caso, mentre ove la rivelazione si fosse rivelata "assolutamente" indispensabile a garantire la difesa dell'incolpato, essa prescindeva dallo stesso consenso. Anche nel nuovo testo il consenso del segnalante sembra permettere alla PA la rivelazione della sua identità indipendentemente dalla necessità di questa a garantire il diritto di difesa dell'incolpato. Quello che casomai cambia è che nel caso in cui quest'ultimo acquisti preminenza sulla protezione del *whistleblower*, perché è solo sulla sua segnalazione che la contestazione si fonda, è ancora necessario il suo consenso perché l'ente possa disvelare la sua identità, e ove questo sia negato, viene a cadere il fondamento del procedimento disciplinare. Sul punto l'omissione dell'avverbio "assolutamente" nel nuovo testo non sembra lasciare molti dubbi in proposito e la tutela del diritto di difesa dell'incolpato è fatta salva con l'inutilizzabilità della segnalazione e, in definitiva, la chiusura dell'intero procedimento.

Rimane praticamente invariato il co. 4, che sottrae il nome del segnalante all'accesso dei documenti amministrativi previsto dalla l. 7 agosto 1990 n. 241.

Nel nuovo co. 5 si prevede l'obbligo per l'ANAC, sentito il Garante per la *privacy*, di adottare aposite linee guida che disciplinino le procedure per la presentazione e la gestione – *rectius*, profilazione – delle segnalazioni. Dette linee guida devono prevedere l'utilizzo di modalità anche informatiche e devono promuovere il ricorso a sistemi di crittografia che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione²².

La norma in questione può essere letta come un adeguamento della disciplina del *whistleblowing* a quanto previsto dal nuovo Reg. n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali, in particolare circa l'esigenza che il titolare del trattamento utilizzi speciali sistemi di sicurezza (tra i quali l'art. 32, par. 1, lett.

²² A quanto consta le Linee guida sono rimaste quelle emesse con la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015. È comunque importante sottolineare come l'ANAC ha messo *online* dal 15 gennaio 2019 un'applicazione informatica specifica – denominata "*Whistleblower*" – per l'acquisizione e la gestione delle segnalazioni di illeciti da parte dei pubblici dipendenti, nel rispetto delle garanzie di riservatezza previste dalle norme vigenti, mentre dal 24 luglio 2019 l'Autorità ha aperta una consultazione pubblica – sempre *online* – sullo schema delle nuove linee guida in materia di *whistleblowing* che andranno a sostituire quelle del 2015. Vedi tali notizie sul sito www.anticorruzione.it.

a, Reg. 2016/679, contempla proprio la pseudonimizzazione e la cifratura), e circa la facoltà del titolare medesimo di adeguarsi a un codice di condotta ai fini della dimostrazione che il trattamento posto in essere è conforme a quanto richiesto dal Regolamento (art. 32, par. 3).

Il co. 6 prevede la potestà sanzionatoria dell'ANAC nei confronti dei membri della pubblica amministrazione che abbiano posto in essere provvedimenti ritorsivi o abbiano omesso doveri del loro ufficio riguardanti le procedure di segnalazione. L'Autorità anticorruzione può irrogare una serie di sanzioni amministrative pecuniarie – con minimi da 5.000 fino a massimo di 50.000 euro – nei confronti del responsabile quando: a) a seguito dell'istruttoria sia emersa l'adozione di misure discriminatorie; b) le procedure di inoltro e gestione delle segnalazioni non sono conformi a quanto previsto al co. 5 o, peggio, sono del tutto assenti; c) viene accertato che le segnalazioni ricevute non sono state sottoposte ad analisi e verifica. L'ANAC determina l'ammontare della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'ente o dell'amministrazione a cui la segnalazione si riferisce.

Fondamentali ai fini della protezione del segnalante nel settore pubblico sono i co. 7 e 8. In questi si specifica che: a) l'onere della prova sul fatto che le misure che si ritengono discriminatorie e/o ritorsive non siano collegate alla segnalazione incombe sull'amministrazione; b) qualora tale onere non sia soddisfatto detti atti sono nulli; c) nel caso l'atto si concreti in un licenziamento, il lavoratore debba essere reintegrato ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Il co. 9 del nuovo art. 54 *bis* conferma l'esclusione dalle tutele per il segnalante che abbia abusato dello strumento di *report* e che sia stato condannato, anche in primo grado, per i reati di calunnia e/o diffamazione o per qualunque altro reato derivante dalla segnalazione, oppure civilmente per dolo o colpa grave.

L'art. 2 della l. n. 179/2017 introduce – come già ricordato – un *corpus* di tutele del *whistleblowing* anche nel lavoro privato, interpolando l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità penale degli enti. Più specificatamente al nuovo comma 2 *bis* dell'art. 6 si prevede che i modelli organizzativi, la cui adozione ed efficace attuazione, pur rimanendo facoltative, scriminano l'ente dalla responsabilità per i reati commessi dai suoi dipendenti, debbano prevedere la creazione di specifici canali che consentano agli stessi soggetti che possono porre in essere i reati – ossia i soggetti apicali e gli altri ad essi sottoposti – di poter presentare, per tutelare l'integrità dell'ente, segnalazioni “circostan-

ziate” di condotte illecite, rilevanti ai fini della responsabilità prevista dal d.lgs. 231 e comunque fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, oppure di violazioni del modello organizzativo di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. I canali in questione garantiscono la riservatezza dell’attività del segnalante ed almeno uno di essi deve essere predisposto, proprio per garantire detta riservatezza, con modalità informatiche.

Ancora, all’interno dei modelli dovrà essere espressamente previsto il divieto di qualunque atto discriminatorio che sia direttamente o indirettamente collegato alla segnalazione, mentre nel codice disciplinare – che è parte integrante del modello stesso – si dovranno prevedere le sanzioni sia per chi viola le “misure di tutela del segnalante”, sia per il segnalante stesso ove, con dolo o colpa grave, abbia posto in essere segnalazioni poi rivelatesi infondate.

Il nuovo co. 2 *ter* dell’art. 6 prevede la possibilità per il segnalante, ma anche per l’organizzazione sindacale a cui abbia affidato mandato, di denunciare all’Ispettorato nazionale del lavoro per i provvedimenti di sua competenza le eventuali misure ritorsive a cui è stato sottoposto a seguito del *report*.

Da, ultimo, il co. 2 *quater* prevede la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, dell’eventuale mutamento di mansioni nonché di qualsiasi altra misura di *retaliation* comminata al segnalante e, soprattutto, l’inversione dell’onere della prova a carico del datore di lavoro. Questo, in caso di controversie riguardanti uno o più atti di “rappresaglia”, dovrà dimostrare che gli stessi siano fondati su ragioni estranee alla segnalazione.

L’art. 3 della l. n. 179 riporta – come detto – un’importante deroga all’obbligo del segreto, statuendo che, nel caso di segnalazione o denuncia avvenuta secondo le modalità e i limiti previsti dalle normative modificate (ossia gli artt. 54 *bis* del d.lgs. n. 168/2001 e 6 del d.lgs. 231/2001), “il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e repressione delle malversazioni” costituisce giusta causa di rivelazione di notizie che sarebbero coperte dall’obbligo del segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 cod. pen. e dall’obbligo di fedeltà per il lavoratore subordinato di cui all’art. 2105 cod. civ., con la conseguenza che il segnalante beneficia di una causa di giustificazione che elimina l’illiceità dal suo comportamento “rivelatore”. Non possono contare su tale esimente, invece, coloro che sono tenuti a rispettare il segreto professionale in virtù di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l’ente, l’impresa o la persona fisica interessata dal *report*. Ne sono esclusi poi coloro che rivelano notizie e documenti che sono oggetto di segreto aziendale, professionale

e/o d'ufficio, effettuando il *report* con modalità che eccedono l'eliminazione dell'illecito e/o, soprattutto, disvelando la notizia riservata fuori dai canali di comunicazione specificamente predisposti a tal fine.

La *ratio* della norma consiste nell'impedire che il segreto possa essere un ostacolo al perseguimento di reati che inficiano il buon andamento della PA o mettono a repentaglio il corretto funzionamento delle imprese. Peraltro l'esigenza di combattere gli illeciti non è in ogni caso superiore al dovere di segretezza, ma passa in secondo piano ove colui che sia tenuto alla riservatezza abbia ricevuto le notizie in virtù di uno stretto rapporto fiduciario – la consulenza, appunto – che lo lega all'ente. In ogni caso vengono colpite – e giustamente – condotte che ledono gravemente l'obbligo del segreto perché abnormi rispetto al fine di combattere i reati o poste in essere con il probabile – per non dire unico – scopo di gettare discredito sull'ente (come accade solitamente quando il *report* avviene fuori dei canali previsti dalla legge e la notizia è data, magari, “in pasto” ai *mass media*).

5. *Luci ed ombre nella nuova disciplina nazionale del whistleblower*

La riforma del 2017 conferma l'impianto di tutele per il *whistleblower* fondato sui due pilastri della garanzia – entro certi limiti – della riservatezza circa l'identità del segnalante e della nullità di ogni forma di *retaliation*. Impianto che dal settore pubblico è stato esteso a quello privato.

Partendo dal primo dei due settori, il nuovo art. 54 *bis* molto opportunamente fornisce una definizione di “pubblico dipendente” inclusiva²³. Forse anche troppo, quando attrae nella sua orbita i dipendenti e i collaboratori di imprese che, pur essendo private, forniscono servizi alla pubblica amministrazione, rischiando così di creare una sovrapposizione con la tutela prevista per i lavoratori privati.

Ancora, eliminando la possibilità di effettuare il *report* al proprio superiore gerarchico, il legislatore del 2017 ha cercato di incentivare il dipendente a segnalare eventuali illeciti, privilegiando soggetti destinatari probabilmente non collusi e, in definitiva, più adatti a dare un seguito alla notizia.

Inoltre, questa esclusione rafforza la riservatezza del segnalante. La PA

²³ Sembrano però esclusi i dipendenti di enti privati a semplice partecipazione pubblica. Cfr. sul punto FRIGNANI, *op. cit.*, p. 51.

interessata infatti non potrà conoscere immediatamente il nome del *whistle-blower* e quindi dare seguito altrettanto immediato a misure di ritorsione, in quanto possiederà il nominativo in questione solo quando il *report* interno arriverà al responsabile della prevenzione e corruzione oppure solo nel momento in cui sarà avvertita dal soggetto esterno che ha ricevuto la denuncia (autorità giudiziaria o Corte di conti) o la segnalazione (ANAC)²⁴, onde poter avviare il procedimento disciplinare nei confronti del *wrongdoer*. Il rovescio della medaglia è però dato dal fatto che si è soppresso il canale più vicino al *whistleblower* e quindi anche il più facilmente attivabile, nella convinzione – forse un poco pessimistica – che l’ambiente lavorativo in cui opera il segnalante sia sempre connivente con il *wrongdoer*, o, almeno, per nulla interessato a “turbare il quieto vivere” dando seguito al *report*.

Come nel vecchio testo, anche nel nuovo art. 54 *bis* il legislatore cerca un bilanciamento tra la fondamentale tutela del segnalante alla riservatezza e il diritto – costituzionalmente sancito – dell’incolpato alla sua difesa e al contraddittorio.

Ed è proprio nel procedimento disciplinare contro il sospetto *wrongdoer* che la nuova normativa adotta un bilanciamento di interessi migliore di quello precedente, posto che ora vi è la possibilità per il segnalante di optare sempre per la segretezza della sua identità. Se nel vecchio art. 54 *bis* l’identità del *whistleblower* era protetta solo nel caso in cui l’addebito si fondasse su fatti ulteriori e distinti rispetto al *report*, mentre andava certamente rivelata ove ciò fosse stato assolutamente necessario per assicurare la difesa dell’incolpato in quanto la contestazione si fondava praticamente solo sulla segnalazione, il nuovo testo rimette più opportunamente al segnalante la scelta se permettere la rivelazione della sua identità (e quindi far proseguire il procedimento disciplinare), oppure optare per la riservatezza (e lasciar cadere l’addebito). Si tratterebbe in definitiva di una soluzione più che bilanciata – in pratica un *win/win* – per la quale, nonostante il temperamento degli interessi sia lasciato alla valutazione dello stesso *whistleblower*, si salvano comunque le esigenze di difesa dell’incolpato, visto che, in assenza di contraddittorio, il procedimento è destinato comunque a estinguersi²⁵.

²⁴ Vedi sul punto AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale il dipendente pubblico potrebbe comunque non ritenere opportuna la segnalazione al responsabile anticorruzione che è comunque di norma figura apicale del suo ente.

²⁵ *Contra* sembra essere FRIGNANI, *op. cit.*, p. 52, per il quale è da dubitare che la disciplina possa garantire l’anonimato del segnalante.

Qualora a seguito della rivelazione dell'identità del segnalante vi fossero misure di ritorsione, scatterebbe il secondo pilastro delle tutele del *whistleblowing*, ossia la nullità delle misure stesse, in quanto discriminatorie. In pratica, qualunque sia la reazione della PA a danno del dipendente, e indipendentemente dalla motivazione adottata, questa rimane comunque senza conseguenze a meno che non sia l'amministrazione stessa a dimostrare in giudizio che non vi è alcun nesso di consequenzialità tra la segnalazione e il provvedimento negativo adottato.

Ed è questo, con tutta probabilità, il vero valore aggiunto della riforma del 2017, in quanto l'inserimento della presunzione relativa di ritorsione e la conseguente inversione dell'onere della prova alleggeriscono la posizione processuale del *whistleblower*, specie in quei casi in cui dimostrare il nesso causa/effetto tra *report* e misura negativa risulta arduo, vuoi per la motivazione adottata, vuoi per il lasso di tempo intercorso tra la segnalazione e il provvedimento di *retaliation*.

Qualche perplessità suscita invece la scelta del legislatore di prevedere, in caso di licenziamento ritorsivo, la tutela reintegratoria di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 relativa ai dipendenti del settore privato con contratto "a tutele crescenti"²⁶. La previsione potrebbe porre dei problemi, se si pensa che le conseguenze del licenziamento illegittimo nel pubblico impiego non sono più regolate dall'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 Stat. lav., ma dal nuovo art. 63, co. 2, del d.lgs. 165/2001 (come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, ossia uno dei decreti attuativi della cd. Riforma Madia)²⁷. Se questo dato si trasforma in un vantaggio per il segnalante, visto che il nuovo art. 63, co. 2, prevede un tetto massimo al risarcimento di 24 mensilità e l'*aliunde perceptum*, mentre la tutela reintegratoria dell'art. 2 del d.lgs. n. 23 è davvero "piena", resta comunque il dubbio che detta disciplina non sia propriamente conforme all'art. 3 della Cost., in quanto tratta in maniera diversa situazioni uguali. Più in particolare, se il licenziamento per *whistleblowing* è un licen-

²⁶ Secondo AVIO, *op. cit.*, p. 662, i problemi interpretativi che si sono registrati sull'applicabilità o meno del d.lgs. 23/2015 ai dipendenti pubblici sarebbero, nel caso del *whistleblower*, superati da un richiamo esplicito.

²⁷ Vedi sul punto le considerazioni di SARACINI, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, I, pp. 527-528, per cui, con la riforma Madia, l'art. 18 "può dirsi definitivamente abrogato". Nello stesso senso vedi NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, 1038, per cui l'originario art. 18 Stat. lav. deve oramai "ritenersi abrogato".

ziamento ritorsivo (ossia per motivo illecito) o discriminatorio²⁸, non si vede perché solo ad esso deve applicarsi la tutela più vantaggiosa di cui all'art. 2 del decreto 23/2015, mentre gli altri licenziamenti nulli – e quindi anche discriminatori o per motivo illecito, ma comunque per cause diverse dalla reazione alla “soffiata” – nel pubblico impiego sono coperti dalla norma meno protettiva di cui al nuovo art. 63 del d.lgs. 165/2001.

Ancora, se il vecchio testo prevedeva di segnalare l'adozione delle misure discriminatorie direttamente al Dipartimento della funzione pubblica, ora vi è il passaggio preventivo all'ANAC. Se questo può sembrare a prima vista solo un appesantimento dell'*iter*, esso è in realtà funzionale a una delle tutele indirette forse più efficaci a favore del segnalante, visto che l'ANAC, a seguito dell'istruttoria, può irrogare al responsabile una sanzione amministrativa – come visto – tra un minimo di 5.000 e un massimo di 50.000 euro. Per la verità, le fattispecie previste dal nuovo art. 54 *bis* sono tre; se per le ultime due (la mancata o scorretta adozione delle procedure per l'inoltro e la gestione del *report*, oppure l'omissione di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute) la sanzione va da un minimo di 10.000 al massimo sopra visto, essa si riduce sia nel minimo (5.000) sia nel massimale (30.000 euro) nel primo caso, ovvero contro il responsabile della misura ritorsiva nei confronti del *whistleblower*. In pratica, nel caso forse più grave – l'adozione di un provvedimento discriminatorio –, al responsabile viene concesso uno “sconto” che non pare trovare una giustificazione. A ciò si aggiunge che le sanzioni con il massimale più alto sono previste per casi in cui bisognerà accertare anche quanta autonoma capacità, soprattutto in termini di spesa, il responsabile aveva per introdurre le procedure di segnalazione e gestione²⁹.

Da ultimo si ribadisce l'assenza di coperture per il dipendente che effettua il *report* in mala fede o senza le dovute cautele e che viene condannato per i reati di calunnia e diffamazione, oppure incorre nella responsabilità civile per aver agito con dolo oppure colpa grave. Se, da una parte, la norma giustamente riprende il tenore del vecchio art. 54 *bis*, e punisce chiunque

²⁸ Peraltro l'assimilazione del licenziamento ritorsivo, ossia per motivo illecito, a quello discriminatorio, pur se oramai consolidata, non è priva di incertezze interpretative. Vedi sul punto BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, p. 231.

²⁹ Cfr. AVIO, *op. cit.*, p. 661, per il quale, anche se il minimo è comunque molto alto e “certamente la funzione deterrente appare realizzata”, la capacità di autonomia del responsabile è fattore che rischia di far suonare la disciplina “come le grida manzoniane”.

abusi del *whistleblowing*, suscita perplessità l’inserimento della “condanna in primo grado” come sufficiente a togliere copertura alla segnalazione³⁰, mentre in precedenza, nel silenzio della norma, occorreva sicuramente il passaggio in giudicato della sentenza. Meglio sarebbe stato omettere l’inciso, il quale potrebbe costituire una fortissima remora ad effettuare le segnalazioni, visti i non infrequenti casi di condanne in primo grado poi completamente rovesciate nei gradi successivi.

Per ciò che riguarda invece il lavoro privato, il fatto che si sia anche soltanto prevista una tutela per il *whistleblower* impiegato in tale settore non può che essere valutato positivamente. Così come dev’essere accolta positivamente la scelta di estendere a favore del segnalante dipendente privato l’inversione dell’onere della prova sulla discriminatorietà del provvedimento – licenziamento, demansionamento, e trasferimento o altra misura organizzativa avente effetti negativi – irrogato.

Rimane però il dubbio di alcune scelte di fondo che rendono la tutela nel lavoro privato probabilmente meno efficace di quella che può aspettarsi il lavoratore pubblico. In prima battuta non convince la scelta di inserire la disciplina di tutela interpolando l’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, già di per sé di non facile lettura. Meglio sarebbe stato inserire un articolo *ad hoc* contenente una disciplina specifica.

In secondo luogo, l’aver agganciato la tutela del *whistleblowing* privato all’adozione dei modelli organizzativi appare rischiosa, in quanto l’adozione dei modelli in questione, pure se richiesta per scriminare l’ente dalla responsabilità penale, rimane pur sempre facoltativa, e quindi rimessa in definitiva alla scelta del datore di lavoro.

Ancora, il testo sembrerebbe prevedere solo le segnalazioni interne e che queste debbano riguardare soltanto condotte illecite “rilevanti” ai fini del d.lgs. n. 231 oppure infrazioni del modello organizzativo. Ma se le prime devono essere “circostanziate” e fondate su fatti precisi e concordanti, nulla è richiesto per le seconde. Se la *ratio* può spiegarsi con il fatto che le infrazioni al modello organizzativo non necessariamente si tradurranno in reati, bisogna ribadire che esse saranno comunque rilevanti ai fini di un eventuale procedimento disciplinare contro l’incolpato, il quale corre così il rischio di finire “sotto accusa” anche per segnalazioni vaghe o indeterminate.

³⁰ *Contra* sembra essere AVIO, *op. cit.*, p. 660, per il quale l’espressione “non sono garantite” non necessariamente conduce ad un’interpretazione ablativa della protezione.

Sul punto rimane da chiedersi perché le condotte illecite rilevanti che permettono di integrare un *report* tutelato siano soltanto quelle che denunciano i reati previsti dal d.lgs. n. 231³¹ e non anche quelle riguardanti altri reati, le quali avranno come unico canale la denuncia ai soggetti esterni, con il dubbio se, in tali casi, il lavoratore privato possa chiedere l'applicazione delle tutele previste dall'art. 6 oppure debba continuare a fondare la sua difesa sui principi giurisprudenziali elaborati in tema di diritto di critica. *Nulla questio* invece per il canale interno, il cui utilizzo – come detto sopra³² – risolve il problema della fiducia tra lavoratore e datore, il quale non potrà mai eccipere la mancanza di fedeltà al *whistleblower* che lo abbia utilizzato³³.

Anche la disciplina della riservatezza del *whistleblower* non sembra essere all'altezza, posto che è menzionata solo riguardo ai canali che consentono di veicolare la segnalazione, i quali devono comunque tutelarla (siano essi telematici o meno). Nulla si dice sulle modalità di tale tutela, né su come bilanciare il diritto del segnalante all'anonimato con il diritto di difesa dell'incolpato, lasciando al datore la piena discrezionalità sul punto. Meglio sarebbe stato richiamare sul tema quanto già esaminato sopra all'art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/01.

Da ultimo, l'unica tutela indiretta prevista è l'eventuale segnalazione, da parte del *whistleblower* o del sindacato delegato, dei provvedimenti ritorsivi all'Ispettorato nazionale del lavoro per le misure di competenza, con la conseguenza che non sono previste sanzioni *ad hoc* contro i soggetti che hanno previsto le misure di *retaliation*, a meno che queste non integrino già da loro illeciti amministrativi.

6. La Direttiva n. 1937 del 2019

Può sembrare strano, ma per una volta il nostro legislatore è riuscito, in materia di tutele del *whistleblower*, ad anticipare la disciplina dell'UE. Infatti

³¹ Sembra della stessa opinione anche VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *DRI*, 2019, p. 500. Peraltro l'A. esclude sicuramente dalla disciplina la segnalazione di un illecito non penale, mentre nulla dice riguardo ai reati che non rientrano nel catalogo del d.lgs. 231.

³² Vedi supra par. 3 e nota 17.

³³ Concetto riaffermato anche da AVIO, *op. cit.*, p. 665, secondo il quale se vi è comunque un interesse collettivo superiore non si potrà impedire al segnalante di utilizzare anche strumenti di diffusione ulteriori.

solo con la Direttiva 2019/1937 del 23 ottobre 2019 il legislatore europeo ha previsto, in materia di protezione a favore del segnalatore di illeciti, una normativa comune che si compone di un copioso numero di *considerando* (ben 112), e di un *corpus* formato da 29 articoli e un allegato³⁴.

L'ambito d'applicazione della nuova Direttiva è delineato dal combinato disposto degli artt. 2 (ambito di applicazione materiale) e 4 (ambito di applicazione personale).

L'art. 2 individua le materie che sono coperte da essa, ossia le infrazioni alla disciplina dell'UE il cui *report* è protetto dalla Direttiva medesima. Si tratta di un elenco piuttosto eterogeneo di materie indubbiamente importanti per la collettività, che spazia dagli appalti pubblici alle violazioni delle regole del mercato interno (comprese concorrenza e aiuti di stato), dal riciclaggio al terrorismo, dalla tutela del consumatore, della salute pubblica e dell'ambiente, alla sicurezza dei prodotti, dei trasporti e del nucleare, fino alla *privacy* e alla sicurezza degli animali.

Nell'elenco non compaio materie riguardanti il rapporto di lavoro, nemmeno in tema di prevenzione e sicurezza. Né sarebbe possibile inquadrare questo pur importantissimo ambito nell'area della salute pubblica (art. 2, par. 1, punto viii), posto che l'elenco di cui all'art. 2, par. 1, richiama specificamente e trova applicazione solo ed esclusivamente nell'ambito degli atti legislativi dell'Unione contenuti nell'allegato. E tra questi non ve n'è uno che riguardi la salute e sicurezza dei lavoratori.

In realtà la sicurezza e il miglioramento delle condizioni di lavoro sono prese in considerazione, ma solo all'art. 27, e nell'ambito della relazione finale di impatto che la Commissione dovrà adottare e presentare al Parlamento europeo dopo 4 anni dal recepimento della Direttiva. Sarà solo nell'ambito di tale relazione che la Commissione proporrà l'allargamento o meno dell'ambito di applicazione della nuova Direttiva ad altri atti o aree del diritto UE, e più in particolare proprio al "miglioramento dell'ambiente di lavoro allo scopo di tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori e le condizioni di lavoro" (art. 27, par. 3).

Peraltro ciò non significa che gli Stati membri siano impossibilitati ad allargare le maglie dell'art. 2 della Direttiva. Invero al par. 2 della norma si

³⁴ Per delle prime, generalissime valutazioni sulla Proposta della Direttiva in esame, vedi SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato: la legge 197 del 2017 nella prospettiva europea*, in *LDE*, 2019, n. 2, p. 1 ss.

specifica che, nel darle attuazione, gli Stati potranno estendere la protezione anche ad argomenti non previsti da essa, dicendo implicitamente che quello ivi contenuto è solo l'ambito "minimo", a cui la legge nazionale non può derogare *in peius*, ma a cui è liberissima di aggiungere nuove ipotesi di tutela.

L'art. 4 prevede invece l'ambito di applicazione personale, ossia individua i soggetti segnalanti coperti dall'ombrello protettivo della nuova Direttiva. In prima battuta troviamo così i lavoratori subordinati sia pubblici sia privati, i lavoratori autonomi, gli azionisti oppure i membri di organi di amministrazione o vigilanza di un'impresa, nonché "qualsiasi persona che lavora sotto la supervisione e la direzione di appaltatori, subappaltatori e fornitori". Costoro ricevono protezione non soltanto qualora divulgano le informazioni durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma anche quando dette informazioni siano acquisite e divulgate "nel quadro di un rapporto di lavoro nel frattempo terminato", oppure quando il rapporto di lavoro non è ancora iniziato, purché in tale caso le informazioni siano acquisite durante il processo di selezione oppure all'interno delle trattative precontrattuali.

In seconda battuta, il par. 4 dell'art. 4 estende la tutela a soggetti diversi dal segnalante, ma che possono essere a lui legati in vario modo e divenire quindi oggetto di rappresaglia. I primi a essere menzionati dalla norma europea sono i "facilitatori", ossia coloro che assistono "fisicamente" il segnalante nel processo di *report* all'interno del contesto lavorativo. Il pensiero corre immediatamente ai rappresentanti sindacali, ma non si potrebbero escludere anche altri soggetti, quali il professionista a cui il segnalante dà mandato, oppure i preposti istituiti con le procedure di segnalazione interne. Seguono poi i terzi che sono connessi al segnalante da speciali rapporti e che per tali ragioni possono, all'interno del contesto lavorativo, subire ritorsioni (parenti e/o colleghi di lavoro). Rilevano infine i soggetti/persone giuridiche di cui il segnalante è proprietario, in cui lavora o a cui è comunque legato in un contesto lavorativo. La *ratio* di tale estensione dell'ombrello protettivo è abbastanza intuibile, volendo il legislatore dell'Unione impedire una ritorsione indiretta da parte del soggetto danneggiato dal *report*, ritorsione che, a volte, può essere molto più efficace di una rappresaglia diretta.

L'art. 5 della Direttiva è fondamentale, in quanto prevede le condizioni in base alle quali il *report* è conforme al diritto dell'Unione e il *whistleblower* ha, conseguentemente, diritto alla tutela.

Innanzitutto occorre che la segnalazione riguardi violazioni nell'ambito

delle materie specificate dalla Direttiva medesima. Ciò significa che un *report* avente a oggetto informazioni su violazioni diverse da quelle individuate dall'art. 2 non potrà ricevere tutela, a meno che la legge nazionale non abbia allargato l'ambito di protezione *ratione materiae*, così ricomprendendo anche segnalazioni che esulino dal "minimo comun denominatore" previsto dalla disciplina dell'UE.

In secondo luogo, il segnalante deve avere "fondati motivi" di ritenere che le informazioni siano vere e che rientrino nell'ambito della Direttiva. Ciò significa che al *whistleblower* non è richiesta la verità assoluta delle informazioni disvelate (e il conseguente onere di ricercare detta verità), ma è sufficiente la c.d. verità "putativa", purché supportata da indizi che, a una persona dotata di normale diligenza, indichino come probabile il futuro avverarsi della violazione oppure la consumazione già avvenuta di questa. A favore di tale impostazione sembra deporre anche la lettera dell'art. 6, par. 1, n. 2, della Direttiva. La norma, nel definire il concetto di "informazioni sulle violazioni", parla di "informazioni o fondati sospetti riguardanti effettive o potenziali violazioni, nonché tentativi di occultare violazioni che si sono verificate o che molto verosimilmente potrebbero verificarsi nell'organizzazione". Al segnalante – e qui è chiara la *ratio* della norma nell'attribuire un ruolo attivo al *whistleblower* in funzione non soltanto repressiva, ma anche soprattutto preventiva dell'illecito – basterà riportare i suoi sospetti su violazioni anche solo potenziali, purché detti sospetti non derivino da semplici "voci di corridoio". In definitiva, il *whistleblower*, se da un lato non sarà costretto ad accertare la completa verità di quello che intende segnalare, non potrà nemmeno effettuare il *report* a cuor leggero o, peggio, ben sapendo che le informazioni riportate sono prive di fondamento.

La terza condizione (art. 5, par. 1, lett. b) riguarda le modalità di effettuazione del *report*. Il segnalante ha diritto alla protezione se effettua una segnalazione interna e una esterna, ovvero segnala direttamente tramite il canale esterno o ancora divulga le informazioni al pubblico, purché – in quest'ultimo caso – vi sia il rispetto di quanto stabilito nell'art. 15 della Direttiva.

A prima vista può lasciare perplessi la prima parte della lett. b, nella quale si chiede di effettuare sia il *report* interno sia quello esterno. La norma sembrerebbe imporre un'inutile duplicazione. Ma se si guarda l'*iter* della Direttiva, il testo acquista una sua coerenza. La proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 23 aprile 2018 prevedeva infatti il *report* interno come canale

privilegiato rispetto a quello esterno, tanto che, prima di poter effettuare la segnalazione usando il canale esterno, il *whistleblower* avrebbe dovuto aspettare l'esito – negativo – di quello interno. Questa disposizione era stata criticata dal sindacato europeo, perché ritenuta – non a torto – più una norma di protezione delle imprese nei confronti dei segnalanti che l'inverso³⁵. Il Parlamento europeo ha poi emendato il testo della proposta con una soluzione di compromesso. Il *report* interno rimane il canale privilegiato, ma al *whistleblower* viene offerta la scelta tra segnalare la violazione alla sua azienda e poi adire l'autorità competente, oppure interpellare direttamente quest'ultima.

La Direttiva permette le segnalazioni anonime, ma lascia impregiudicati gli Stati membri nel decidere se accettarle e dare ad esse seguito o meno.

Il par. 4 dell'art. 5 estende la protezione anche al segnalante che adisce direttamente i competenti organi dell'UE, equiparando il *report* comunitario a quello esterno.

Il *report* interno è disciplinato dagli artt. 7-10. Il primo di detti articoli “tradisce” ancora la visione della Commissione nel privilegiare il canale interno, posto che esso viene definito come la “via generale” per segnalare le violazioni – il canale esterno e la pubblica *disclosure* sono infatti eccezioni³⁶ –, mentre gli Stati membri “incoraggiano” l'uso della segnalazione interna prima di quella esterna, ove la prima possa affrontare e risolvere più efficacemente il problema e, naturalmente, il *whistleblower* ritenga che non vi sia pericolo di ritorsione. Nella filosofia che nulla deve essere tralasciato per spingere il segnalante a utilizzare il canale interno il par. 3 dell'art. 7 dispone che, in ogni caso in cui devono essere date al *whistleblower* le informazioni su come effettuare la segnalazione (sia essa interna, esterna o pubblica), bisogna sempre fornire – anche quando si spiega al soggetto come adire la pubblica autorità o le istituzioni europee competenti – “adeguate informazioni relativamente all'uso di tali canali interni” nell'intento – nemmeno troppo velato – di indirizzarlo verso questi ultimi.

La Direttiva prevede all'art. 8 l'obbligo per i soggetti giuridici privati e pubblici di istituire canali e procedure di segnalazione interna previa consultazione e accordo con le parti sociali, ove previsto dalla legislazione nazionale. Peraltro non tutti i soggetti giuridici sono vincolati a tale obbligo.

³⁵ Cfr. ETUC, ETUC position on the EU Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law – Whistleblowing (Draft position), Sofia 25-26 giugno 2018.

³⁶ Vedi sul punto SITZIA, *op. cit.*, p. 13.

Nel settore privato lo sono solo quelli che abbiano almeno 50 dipendenti, o quelli che, indipendentemente dal numero degli occupati, svolgono le attività rientranti negli atti normativi dell'UE previsti alle parti I.B e II dell'allegato (in materia soprattutto di riciclaggio e terrorismo). Nel settore pubblico invece possono essere dispensati i comuni con meno di 50 addetti oppure con meno di 10.000 abitanti. In ogni caso è data facoltà agli Stati membri di prevedere ulteriori esenzioni per soggetti al di sotto dei 50 dipendenti oppure al contrario di imporre agli stessi – se privati – l'obbligo di dotarsi del canale interno dopo adeguata valutazione del rischio (specie ove esso riguardi la salute pubblica e l'ambiente *ex art. 8, par. 7*).

I canali e le procedure devono permettere di effettuare il *report* sia al dipendente, sia ad eventuali terzi che, nell'ambito della loro attività professionale, sono in contatto con il soggetto giuridico obbligato. Detti canali possono essere gestiti internamente dall'obbligato stesso oppure essere messi a disposizione da terzi, e in ogni caso devono prevedere adeguate misure di sicurezza per garantire la riservatezza dell'identità di tutti coloro che sono coinvolti, oltre che l'invio di un avviso di ricevimento della segnalazione (da inoltrare al *whistleblower* entro un massimo di 7 giorni) e un "diligente" seguito (*c.d. follow up*) della stessa. Il *follow up* deve a sua volta esaurirsi in un termine "ragionevole" comunque non superiore a tre mesi a far data dall'avviso di ricevimento, oppure, in mancanza, dal settimo giorno successivo alla segnalazione. In ogni caso al segnalante devono essere fornite tutte le informazioni – chiare e facilmente accessibili – anche per effettuare segnalazioni esterne, in modo da permettergli di scegliere.

Proprio la segnalazione esterna è a sua volta disciplinata dagli artt. 10-14 della Direttiva e consiste nell'adire le autorità competenti dopo l'infruttuoso utilizzo del *report* interno oppure direttamente, bypassando il canale endoaziendale. Le autorità competenti sono individuate dagli Stati membri che hanno l'obbligo di dotarle delle risorse adeguate per dare riscontro alle segnalazioni.

Anche nella segnalazione esterna le autorità riceventi hanno l'obbligo di dare un avviso di ricevimento entro 7 giorni, a meno che il segnalante lo rifiuti esplicitamente oppure l'autorità ritenga ragionevole che l'avviso metta a repentaglio la riservatezza dell'identità del *whistleblower* (art. 11, par. 1, lett. b).

Le autorità competenti danno un riscontro al segnalante entro un periodo ragionevole non superiore a tre mesi, oppure a sei in casi "debitamente giustificati". I canali devono prevedere – come nel caso di *report* interno – la

segnalazione orale, scritta, tramite telefono o altra messaggistica vocale, oppure mediante incontro diretto. È fatto obbligo alle autorità di prevedere sul loro sito *web* tutte le informazioni contenute nell'art. 13 (dati di contatto, regime di riservatezza, ecc.).

L'art. 15 della Direttiva disciplina le condizioni per le quali un soggetto che opera una divulgazione pubblica può essere tutelato. Il primo caso – peraltro altamente improbabile – è dato dall'infruttuosa segnalazione sia interna che esterna o soltanto esterna, mentre il secondo permette al *whistleblower* di ignorare i canali *standard* purché vi sia fondato motivo di ritenere che la violazione possa rappresentare un pericolo imminente e palese per il pubblico interesse (tipo situazione di emergenza o rischi di danno irreparabile), oppure, in caso di sola segnalazione esterna, vi sia il rischio di ritorsioni o la scarsa prospettiva che la violazione sia efficacemente affrontata, magari perché l'autorità competente è collusa col *wrongdoer*. A leggere la norma può apparire strano come il legislatore europeo abbia così tanta sfiducia nelle autorità pubbliche, mentre non dubita minimamente delle imprese private, le quali – a dar retta al pensiero sotteso in tale articolo – non potrebbero mai essere coinvolte nella violazione, né potrebbero effettuare misure di ritorsione nei confronti del *whistleblower*. Peraltro il passaggio in esame non fa che rafforzare l'impostazione originaria della Direttiva, tutta sbilanciata a favore del *report* interno, e, in definitiva, a tutelare più le imprese che i segnalanti.

L'art. 16 impone l'obbligo di riservatezza dell'identità del segnalante, a meno che la divulgazione di essa sia un obbligo – “necessario e proporzionato” – previsto dalla legislazione europea o nazionale, nel contesto delle indagini e/o del procedimento giudiziario, anche al fine di salvaguardare i diritti di difesa dell'incolpato. Naturalmente, ove il *whistleblower* dia il suo consenso, non vi saranno problemi, altrimenti questi deve essere informato prima della divulgazione, ma solo l'autorità competente ha l'obbligo di motivare le ragioni della divulgazione, mentre nulla si dice in caso di *report* interno. La Direttiva tace anche sul diritto del *whistleblower* di rifiutare la rivelazione della sua identità, creando così un *vulnus* non da poco alla sua protezione.

L'art. 19 della Direttiva prevede il divieto di ritorsione, sia diretta che indiretta, comprese le minacce e i tentativi di *retaliation*. Posto che la norma in discorso parla di “qualsiasi forma di ritorsione” l'elenco previsto dal par. 1 – elenco peraltro molto ampio, che spazia dal licenziamento fino alla sottoposizione di accertamenti medici e psichiatrici – è da considerarsi meramente esemplificativo e non tassativo.

Sono previste altresì misure di sostegno alle persone coinvolte nella segnalazione quali l'accesso pubblico e gratuito a informazioni e consulenze esaustive sulle procedure di ricorso contro le ritorsioni e sui diritti della persona, oltre che l'ammissione al patrocinio a spese dello stato nel caso di procedimento penale e/o civile transfrontaliero.

Ancora, la Direttiva prevede una serie di misure protettive che vanno dalla esenzione di responsabilità per la divulgazione di informazioni e per l'accesso e l'acquisizione delle stesse, a meno che tali comportamenti non costituiscano di per sé reati secondo la legge nazionale, fino all'inversione dell'onere della prova in caso di procedimenti giudiziari per danno subito dal segnalante. In tale ultimo caso il *whistleblower* dovrà in pratica dimostrare solo di aver effettuato un *report* o una divulgazione pubblica – oltre ovviamente al danno subito –, visto che la misura dannosa si presume sempre ritorsiva. Spetterà al soggetto che l'ha irrogata di provare che essa sia imputabile ad altri motivi “debitamente giustificati” (art. 21, par. 5).

Sia i segnalanti, sia i facilitatori, possono accedere a misure correttive “adeguate contro le ritorsioni”, lasciate peraltro alla discrezionalità degli Stati membri, tra le quali provvedimenti provvisori in attesa della definizione dei giudizi.

La Direttiva non dimentica la protezione della persona coinvolta nel *report* (in pratica, l'incolpato), e all'art. 22 prevede il rispetto del principio del giudizio imparziale, della presunzione di innocenza e del diritto alla difesa, nonché alla riservatezza della sua identità nel corso delle indagini, anche se tale obbligo di riservatezza sembra applicarsi solo alle autorità pubbliche.

L'art. 23 contiene l'obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive contro le persone, fisiche o giuridiche che ostacolano o tentano di ostacolare le segnalazioni, adottino misure ritorsive o comunque “procedimenti vessatori” contro il *whistleblower* e/o le persone a lui legate, o violino l'obbligo di riservatezza sulla sua identità. Stesse sanzioni – proporzionate, effettive e dissuasive – devono essere apprestate anche nei confronti dei segnalanti che hanno “scientemente” effettuato segnalazioni e/o divulgazioni che sapevano essere false. Ne consegue che solo i *whistleblowers* che hanno agito in malafede potranno essere colpiti dalle sanzioni previste dalla legislazione nazionale, mentre ne sembrano esclusi coloro che abbiano effettuato la segnalazione colposamente, indipendentemente dal grado della colpa.

L'art. 24 sancisce, infine, l'indisponibilità delle tutele previste dalla Direttiva; queste sono così sottratte a qualunque atto di autonomia privata, compresi eventuali compromessi arbitrari, mentre l'art. 25 prevede opportu-

namamente la clausola di non regresso, per cui “l’attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione già offerto dagli Stati membri nei settori cui si applica la direttiva”. Il punto è che detta clausola copre solo “i settori cui si applica la direttiva”, sembrando così lasciare impregiudicato un eventuale arretramento nei settori ove essa non si applica: nel caso italiano, la tutela della salute e la sicurezza sul lavoro.

7. Conclusioni

La riforma del *whistleblowing* attuata con la l. n. 179/2017 ha l’indubbio pregio di superare alcune delle maggiori criticità che affliggevano la precedente disciplina, prima fra tutte la mancanza di una tutela *ad hoc* nel settore privato. Anche l’inversione dell’onere della prova, che alleggerisce la posizione processuale del segnalante in caso di misure “in odore” di *retaliation*, configura un robusto incentivo ad effettuare il *report*.

Come contraltare però vi è l’evidente disparità tra il sistema – pur con i nei sopra evidenziati – delle tutele per il dipendente pubblico e quello per il dipendente privato, il quale non sembra avere – almeno dal punto di vista potenziale – la stessa efficacia.

Non è tanto l’inserimento della disciplina di tutela nell’impianto generale del d.lgs. n. 231/2001 ad essere errata, quanto la scelta di trasformare la stessa in una parte del modello organizzativo, ossia di un elemento che, per quanto indispensabile ai fini dell’esonero della responsabilità da reato, rimane pur sempre una facoltà per l’ente e non un obbligo.

Ancora, nel sistema privato manca una solida disciplina sulla riservatezza del segnalante, rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro circa i modi della sua attuazione, rischiando così di creare una serie di discipline diversissime tra un’impresa e l’altra, con conseguente impatto negativo sulla tutela del *whistleblower*. Questo, in casi del tutto analoghi, potrebbe infatti vedersi riconosciute protezioni più o meno efficaci in base al fattore – meramente accidentale – dell’impresa di appartenenza.

In più non è previsto, sempre nel settore privato, nessun meccanismo generale per bilanciare il diritto alla riservatezza del segnalante con quello – altrettanto fondamentale – di difesa dell’incolpato, con la conseguenza che il *whistleblower* dovrà leggere attentamente il procedimento eventualmente

previsto sul punto nel codice disciplinare contenuto nel modello organizzativo prima di effettuare il *report*, con tutte le incertezze e le conseguenze che ben si possono immaginare ove tale previsione manchi.

Si segnala altresì la mancanza di una disciplina delle conseguenze del *report* esterno, con il dubbio – tutt’altro che infondato, visto il silenzio della legge – che, in caso di denuncia a soggetti esterni, per quanto istituzionali (va da sé che la protezione del nuovo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 non si applica ove il *report* sia effettuato ai *mass media*), si lasci il lavoratore senza la copertura legislativa e lo si esponga all’alea processuale di far accertare la natura ritorsiva o discriminatoria dell’eventuale provvedimento a suo carico, senza poter far valere in sede giudiziaria la tutela dell’inversione dell’onere della prova³⁷.

In definitiva, la nuova disciplina, se può dirsi incentivante nel pubblico impiego, lascia invece presagire una scarsa efficacia in quello privato, posto che sembrano esservi criticità tali da costituire una forte remora all’utilizzo dello strumento del *whistleblowing* da parte dei lavoratori delle imprese.

Né sul punto pare – a chi scrive – di qualche utilità l’inserimento, caldeggiato da una parte della dottrina, del *bounty* americano, ossia dell’incentivo economico – o altro tipo di vantaggio – connesso all’effettuazione del *report*³⁸. A parte il dubbio etico circa la correttezza di una “delazione” interessata al tornaconto personale – che peraltro cozzerebbe con la lettera della l. n. 179/2017, la quale richiede che la segnalazione sia effettuata “nell’interesse dell’integrità della pubblica amministrazione” ed “a tutela dell’integrità dell’ente” – rimarrebbe sempre il problema del rischio di una “denuncia selvaggia tra novelli *bounty killers*”³⁹, che finirebbe non per incentivare, ma per minare l’efficacia stessa dell’istituto, senza poi considerare il clima praticamente intollerabile – da vera e propria “caccia alle streghe” – che potrebbe venire a crearsi all’interno del contesto lavorativo, non importa se pubblico o privato⁴⁰.

³⁷ Sembra dello stesso pensiero anche SITZIA, *op. cit.*, pp. 12–13, per cui la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio del *whistleblower* è riferibile esclusivamente al soggetto che si avvale dei canali previsti dal modello organizzativo. Peraltro, secondo questa opinione, tale interpretazione sarebbe perfettamente in linea sia con la giurisprudenza della Corte Edu, per cui il bilanciamento tra l’obbligo della riservatezza e il diritto del lavoratore ad esprimere la sua opinione vorrebbe comunque l’utilizzo preventivo del solo *report* interno, e, qualora quest’ultimo si riveli impossibile o inutile, l’utilizzo di quello esterno, sia – come visto sopra – con la lettera della Direttiva n. 2019/1937, che continua a favorire il *report* interno rispetto a quello esterno.

³⁸ Cfr. sul punto sia FRIGNANI, *op. cit.*, p. 54, sia ARNAUDO, *op. cit.*, p. 357 ss.

³⁹ Ancora ARNAUDO, *op. cit.*, pp. 359–360.

⁴⁰ Benché favorevole all’incentivo, sembra avvedersi di tale pericolo anche FRIGNANI, *op.*

Nel complesso quella del 2017 può considerarsi una riforma a “metà”, con molte occasioni perdute, specie nel settore privato, per dare un’efficace attuazione a un modello – quello del *whistleblowing* – le cui ricadute pratiche nel quadro generale del corretto agire degli enti sono da valutarsi, comunque, in maniera positiva. Questo almeno finché il nostro legislatore non modificherà la normativa per adeguarla a quanto previsto dalla Direttiva 2019/1937. E infatti basta confrontare il testo della Direttiva con quello della l. n. 179/2017 per capire che la disciplina italiana è ben lungi dal poter essere considerata conforme ai precetti europei.

Se la normativa nel settore pubblico può essere mantenuta nel suo nucleo, con poche, ma importanti integrazioni, quali la previsione della divulgazione pubblica, l’allargamento della tutela anche alle persone collegate al *whistleblower* – facilitatori *in primis* – e l’adeguamento alle disposizioni per la tenuta e la conservazione degli atti e documenti, non così per la disciplina privata, che dovrà probabilmente essere completamente riscritta. A parte infatti l’ambito di applicazione dell’obbligo di dotarsi di canali di segnalazione, che la Direttiva circoscrive alle sole aziende con almeno 50 dipendenti, mentre la normativa italiana richiede – ove voler essere scrimate – a tutte le imprese private, le lacune e le omissioni che essa presenta rispetto a ciò che richiedono le regole europee sembrano essere troppe e troppo palesi. E stavolta difficilmente basterà una semplice interpolazione dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 per adeguarsi alla normativa dell’UE⁴¹.

cit., p. 55, per il quale il pericolo di una corsa a denunce false o diffamatorie può aumentare in proporzione all’entità della ricompensa che si può percepire. Pericolo che però, secondo l’A., potrebbe comunque verificarsi anche senza la previsione di alcuna ricompensa.

⁴¹ Più o meno dello stesso avviso è SITZIA, *op. cit.*, per cui “questo approccio dovrà necessariamente essere ripensato quando si tratterà di recepire la Direttiva dell’Ue sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione “. Più soft VITALETTI, *op. cit.*, p. 511, per la quale la l. 179/2017 “dovrà confrontarsi” con quanto previsto dalla Direttiva.

Abstract

Il saggio esamina l'istituto del *whistleblowing* analizzando la situazione del segnalante nell'impiego pubblico e privato sia prima che dopo la riforma entrata in vigore con la l. 179 del 2017, visionando anche la disciplina posta dalla recentissima Direttiva UE n. 2019/1937 ed il suo possibile impatto sulla normativa nazionale.

The essay studies the whistleblower's condition on public and private employment both before and after the reform entered into force with l. n. 179/2017, and analyses the rules stated by the recent EU Directive n. 2019/1973 and its possible impact on national legislation.

Key words

Impiego pubblico e privato, segnalante, tutela dell'anonimato, onere della prova, riservatezza, obbligo di fedeltà.

Public and private employment, whistleblower, whistleblower protection, burden of proof, duty of loyalty.

Corte di Giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione) – 14 maggio 2019 – C-55/18; Pres. Lenaerts, Rel. Regan, Avv. Gen. Pitruzzella – Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2003/88/CE – Tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori – Organizzazione dell’orario di lavoro – Riposo giornaliero e settimanale – Durata massima dell’orario di lavoro – Sistema misurazione orario di lavoro giornaliero – Obbligo istituzione – Sussiste.

Gli artt. 3, 5 e 6 della direttiva 2003/88, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, letti alla luce dell’art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nonché dell’art. 4, par. 1, dell’art. 11, par. 3, e dell’art. 16, par. 3, della direttiva 89/391, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l’interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l’obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

★ ★ ★

Giuseppe Gentile

Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La vicenda e il quadro normativo di riferimento. **3.** Il principio di effettività delle tutele secondo la Corte di giustizia. **4.** Le possibili ricadute della sentenza nell'applicazione della normativa italiana.

1. Premessa

Con la sentenza emanata il 14 maggio 2019 nella causa C-55/18 la Corte di giustizia ha posto nuovamente l'attenzione sugli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88/CE¹, volti ad assicurare la piena effettività della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro per ciò che concerne l'organizzazione dell'orario di lavoro.

Com'è noto, sulla disciplina dei tempi di lavoro la Corte è stata chiamata a pronunciarsi a più riprese – anche se in termini e su ambiti normativi in parte diversi – con decisioni che, pur con i margini di discrezionalità garantiti agli Stati membri in ragione della funzione di armonizzazione minima della direttiva 2003/88, hanno costantemente rimarcato la necessità di garantire l'effettività delle tutele ivi contemplate, in un'ottica di ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti l'orario di lavoro².

La direttiva 2003/88 ha come obiettivo quello di fissare prescrizioni minime di salute e sicurezza in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, al cui raggiungimento concorrono, tra le varie, le disposizioni che fissano i periodi minimi di riposo giornaliero³ e settimanale⁴, nonché un tetto per la durata media della settimana lavorativa⁵.

¹ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU 2003, L 299).

² V., in tal senso, C. Giust. 9 novembre 2017, Maio Marques da Rosa (C 306/16, punto 45); e, sull'effettività del diritto alle ferie, C. Giust. 8 novembre 2012, Heimann (C-229 e C-230/11), in *DRI*, 2013, p. 559 con nota di GRIECO, *Il diritto alle ferie e il principio del pro rata temporis secondo la Corte di giustizia. Lo stato dell'arte della giurisprudenza comunitaria sul diritto al riposo annuale*.

³ Pari ad undici ore consecutive nel corso di ogni periodo di ventiquattro ore, ai sensi dell'art. 3.

⁴ Pari a ventiquattro ore per ogni periodo di sette giorni, ai sensi dell'art. 5.

⁵ Pari a quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario, ai sensi dell'art. 6, lett. b).

Trattasi, invero, di disposizioni che la Corte di giustizia riconduce alla c.d. normativa sociale dell'Unione, di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare nell'interesse individuale proprio, ma anche in quello del datore di lavoro e nell'interesse generale⁶: le suddette disposizioni trovano infatti un formale riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con le previsioni che «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», e «a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie retribuite»⁷.

In tale quadro sistematico, la sentenza affronta le questioni convergenti sui diritti del lavoratore alla limitazione della durata massima settimanale del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali, giungendo a sostenere – con argomentazioni incentrate sulla necessità di garantire un “effetto utile” alle prescrizioni minime della direttiva 2003/88 – l'obbligo per il datore di lavoro di introdurre sistemi di misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

Il principio di effettività, nelle sue diverse articolazioni, costituisce dunque il valore cui la Corte dichiara di rifarsi nella decisione.

Appare utile ripercorrere le tappe argomentative e le conclusioni, molto incisive, cui giunge la Corte di giustizia, anche al fine di affrontare le possibili ricadute nell'applicazione della disciplina italiana sull'orario di lavoro.

2. *La vicenda e il quadro normativo di riferimento*

La causa in questione trae origine da un ricorso collettivo promosso da un sindacato spagnolo⁸, dinanzi alla Corte centrale di Spagna (*Audiencia Nacional*), per chiedere la pronuncia di una sentenza che obbligasse un'azienda

⁶ L'ampio rinvio è C. Giust. 10 settembre 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras* (C 266/14, punto 24); C. Giust. 1^o dicembre 2005, *Dellas e a.* (C 14/04, punto 49); e alle conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* (C 684/16, punto 52).

⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), art. 31.

⁸ Nel giudizio promosso dalla *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, facente parte dell'organizzazione sindacale più rappresentativa a livello statale in Spagna, sono intervenute, a supporto, altre quattro organizzazioni sindacali: la *Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT)*, la *Confederación General del Trabajo (CGT)*, la *Confederación Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA)*, la *Confederación Intersindical Galega (CIG)*.

(la Deutsche bank) ad istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero svolto dai dipendenti, al fine di verificare il rispetto degli orari di lavoro contrattualmente stabiliti, con conseguente trasmissione ai rappresentanti sindacali delle informazioni relative al lavoro straordinario effettuato mensilmente.

Ad avviso del sindacato ricorrente, l'obbligo di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero, e dunque dei tempi di lavoro di ciascun dipendente, risulterebbe dall'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dagli artt. 3, 5, 6 e 22 della direttiva 2003/88/CE, nonché dalle Convenzioni OIL n. 1 e n. 30 sulla durata del lavoro⁹. Per contro, l'azienda convenuta considerava che l'ordinamento spagnolo, agli artt. 34 e 35 dello Statuto dei lavoratori, contiene precise prescrizioni in ordine alla durata dell'orario di lavoro settimanale e ai periodi minimi di riposo giornaliero¹⁰, e anche in materia di lavoro straordinario¹¹, da cui non si rinverrebbe un obbligo di misurazione dell'orario di lavoro giornaliero ad applicazione generale.

Contestualmente, l'Ispettorato del lavoro spagnolo – con un provvedimento che per certi versi richiama il potere di disposizione del personale ispettivo in materia di lavoro e legislazione sociale, disciplinato dal d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124 (su cui cfr. *infra* par. 4) – chiedeva alla Deutsche bank di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero e, di fronte all'inottemperanza di tali richieste, redigeva un verbale di accertamento con proposta di sanzione.

⁹ Convenzioni OIL n. 1 sulla durata del lavoro nell'industria adottata a Washington il 28 novembre 1919, e n. 30 sulla durata del lavoro nel commercio e uffici adottata a Ginevra il 28 giugno 1930.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 34 de l'Estatuto de los Trabajadores, «1. La durata dell'orario di lavoro è quella stabilita nei contratti collettivi o nei contratti individuali. La durata massima dell'orario di lavoro ordinario è di 40 ore a settimana di lavoro effettivo calcolato sulla media dell'anno. (...) 3. Devono trascorrere almeno dodici ore tra la fine di un periodo di lavoro e l'inizio del periodo seguente. Il numero di ore ordinarie di lavoro effettive non può superare le nove ore al giorno, a meno che un accordo collettivo o, in mancanza di questo, un accordo concluso tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori non preveda un'altra ripartizione dell'orario di lavoro giornaliero; il riposo tra i periodi di lavoro deve in ogni caso essere rispettato. (...)».

¹¹ Ai sensi dell'art. 35, rubricato «Lavoro straordinario», invece: «1. Costituiscono ore di lavoro straordinario le ore di lavoro prestate oltre la durata massima dell'orario di lavoro ordinario stabilito in conformità all'articolo che precede. (...) 2. Il numero di ore di lavoro straordinario non può eccedere le 80 ore all'anno. (...) 5. Ai fini del calcolo delle ore di lavoro straordinario, l'orario di lavoro di ciascun lavoratore è registrato di giorno in giorno e sommato al momento fissato per il pagamento della remunerazione, consegnando al lavoratore una copia del prospetto nel giustificativo del versamento corrispondente».

La sanzione non trovava tuttavia attuazione in ragione della sentenza della Corte suprema (*Tribunal Supremo*) del 23 marzo 2017 che ha escluso l'esistenza nel diritto spagnolo di un obbligo generale di registrare l'orario di lavoro ordinario, evidenziando come l'art. 35, comma 5, dello Statuto dei lavoratori obblighi unicamente alla tenuta di un registro delle ore di lavoro straordinario, ed alla comunicazione al sindacato, con cadenza mensile, del numero delle ore di straordinario svolte dai lavoratori¹².

Viceversa, sulla conformità di tale conclusione al diritto dell'Unione ha espresso forti dubbi la Corte centrale (*Audiencia Nacional*), sollevando la domanda di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Si chiede, in sostanza, se per assicurare la piena effettività della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in materia di orario di lavoro – obiettivi perseguiti dalla direttiva 2003/88/CE attraverso, tra l'altro, la fissazione di limiti massimi ai tempi di lavoro – sia necessario che gli Stati membri prevedano l'obbligo per il datore di lavoro di introdurre strumenti di misurazione dell'effettiva durata della giornata e della settimana lavorativa¹³.

¹² Più precisamente, il Tribunal Supremo ha articolato le seguenti motivazioni: l'obbligo della tenuta del registro è contenuto nell'art. 35 cit., relativo alle ore di lavoro straordinario, e non nell'art. 34, relativo all'orario di lavoro; quando il legislatore spagnolo ha voluto imporre un tale registro lo ha fatto in modo specifico come per i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori mobili, marittimi o ferroviari; l'art. 22 della direttiva 2003/88 impone, come il diritto spagnolo, l'obbligo di tenere un registro dell'orario di lavoro speciale e non dell'orario di lavoro normale che non ecceda la durata massima prevista; la tenuta di un tale registro implicherebbe il trattamento di dati personali del lavoratore con i rischi di un'ingerenza ingiustificata dell'impresa nella vita privata del lavoratore; la mancata tenuta di un tale registro non è qualificata come una violazione chiara e manifesta delle regole relative alle infrazioni e alle sanzioni in materia sociale; una tale interpretazione non lederebbe il diritto di difesa in giudizio del lavoratore dal momento che, ai sensi delle norme procedurali spagnole, non è impedito al lavoratore di provare con altri mezzi l'eventuale svolgimento di ore di lavoro straordinario.

¹³ Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio vertono dunque sulla verifica del «se»: *i*) il Regno di Spagna abbia adottato tutte le misure necessarie per garantire l'effettività dei limiti di durata dell'orario di lavoro e del riposo giornaliero e settimanale; *ii*) le già richiamate disposizioni contenute nella Carta di Nizza e nella direttiva 2003/88 debbano interpretarsi nel senso che ostano ad una normativa nazionale interna da cui, così come posta in rilievo dalla giurisprudenza nazionale, non si può dedurre l'obbligo per le imprese di instaurare un sistema di registrazione dell'orario giornaliero di lavoro effettivo per i lavoratori a tempo pieno, con esclusione dei lavoratori a tempo pieno che si siano impegnati in forma espressa, individualmente o collettivamente, a effettuare ore di lavoro straordinario o che presentino la qualifica di lavoratori mobili, della marina mercantile o ferrovia; *iii*) dunque, l'ingiunzione perentoria agli Stati membri, contenuta nella richiamata disciplina comunitaria, di limitare la durata dell'orario di lavoro di tutti i lavoratori in generale, sia effettivamente garantita per i lavoratori comuni

La Corte di giustizia è stata chiamata a valutare due opposte interpretazioni: quella fatta propria dal giudice del rinvio, nonché dalla Commissione europea e dalle organizzazioni sindacali, secondo cui il diritto dell'Unione implica certamente un obbligo strumentale di misurazione dell'orario di lavoro giornaliero a carico del datore di lavoro, con la conseguenza che esso osterebbe ad una normativa nazionale che, nell'interpretazione giurisprudenziale, escludesse la sussistenza di un tale obbligo; e quella sostenuta in via principale dalla Banca convenuta, e poi dallo Stato spagnolo e anche dalla Repubblica Ceca e dal Regno unito, anch'essi intervenuti dinanzi alla Corte, per i quali in assenza di una specifica previsione nella direttiva 2003/88, non si può imporre alle imprese un obbligo generalizzato di misurazione giornaliero dell'orario di lavoro.

È in questo perimetro che la Corte di giustizia ha illustrato le proprie argomentazioni con le quali ha accolto la prima tesi, ritenendo che dal diritto dell'Unione discenda per gli Stati membri l'obbligo di introdurre una disciplina dei tempi di lavoro che, pur con i margini di discrezionalità garantiti agli Stati membri in ragione della funzione di armonizzazione minima della direttiva 2003/88, assicuri l'effettivo rispetto delle regole sui limiti dei tempi di lavoro, mediante l'introduzione di sistemi di misurazione del lavoro giornaliero effettivamente prestato.

3. *Il principio di effettività delle tutele secondo la Corte di giustizia*

Occorre verificare se l'assenza di un sistema di misurazione della durata e della collocazione della prestazione oraria del lavoratore priverebbe di sostanza i diritti riconosciuti dalla direttiva 2003/88, vanificando così l'effettività delle disposizioni ivi previste e la protezione dei diritti che quelle disposizioni intendono garantire ai lavoratori nell'Unione.

Volendo procedere secondo l'ordine espositivo seguito nella sentenza, viene in esame innanzitutto l'importanza del diritto fondamentale di ciascun lavoratore ad una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornaliero e settimanale, i cui contenuti sono sanciti nella Carta dei diritti dell'Unione e precisati dalla direttiva sull'orario di lavoro.

dalla normativa di diritto interno, così come interpretata dalla giurisprudenza consolidata che escluderebbe l'obbligo di registrazione in discussione.

La sentenza offre lo spunto per ribadire il “nesso di strumentalità tra la direttiva 2003/88 e i diritti sociali fondamentali riconosciuti dalla Carta”¹⁴: le prescrizioni minime dettate dalla direttiva rappresentano disposizioni della normativa sociale dell’Unione e, come tali, rilevano per la consistenza dei diritti soggettivi riconosciuti ai lavoratori e, soprattutto, a consentirne il pieno ed effettivo godimento.

Sulla falsariga di altre pronunce, la Corte ha inteso così ricordare la necessità di garantire un “effetto utile” alla direttiva 2003/88¹⁵, per la cui operatività è necessario che la normativa nazionale permetta la coerente realizzazione dei suoi obiettivi e la piena tutela dei diritti sociali fondamentali che essa attribuisce ai lavoratori¹⁶, tenuto conto che è la stessa giurisprudenza comunitaria a sancire il vincolo per gli Stati membri ad una obbligazione di risultato precisa ed incondizionata quanto all’applicazione delle regole enunciate nella direttiva 2003/88¹⁷.

Ne consegue che, nell’interpretazione della Corte, in assenza di un sistema di misurazione della durata e della collocazione della prestazione giornaliera non vi è alcuna garanzia che i limiti temporali stabiliti dalla direttiva 2003/88 siano effettivamente rispettati, e che i diritti che la direttiva stessa attribuisce ai lavoratori possano essere esercitati senza ostacoli.

Il terreno d’elezione per l’affermazione più rilevante della Corte si configura proprio sul punto della determinazione oggettiva ed affidabile del numero di ore di lavoro giornaliero; elemento essenziale, quest’ultimo, per

¹⁴ Cfr. le conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella, par. 39.

¹⁵ V. ad esempio sulla nozione di “orario di lavoro,” se cioè comprensivo anche del periodo di tempo in cui un medico è in attesa di attività lavorativa durante un servizio di guardia nel suo luogo di lavoro in ospedale, C. Giust. 11 gennaio 2007, Vorel (C 437/05); e v. anche in tema di diritto al riposo annuale, dove si è materializzato un costante indirizzo a tutela dell’effettività del diritto alle ferie, sia sotto il profilo della maturazione sia sotto quello del godimento, in funzione della protezione della salute e sicurezza dei lavoratori: C. Giust. 8 novembre 2012, Heilmann (C-229 e C-230/11), in *DRI*, 2013, p. 559 con nota di GRIECO, *op. cit.*; cfr. anche BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *ADL*, 2006, p. 1333.

¹⁶ Il lavoratore va considerato la parte debole del contratto di lavoro, sicché è necessario arginare il rischio di restrizione dei suoi diritti, così C. Giust. 25 novembre 2010, Fuß (C 429/09, punto 80); C. Giust. 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C 684/16, punto 41).

¹⁷ C. Giust. 7 settembre 2006, Commissione c. Regno Unito (C 484/04, punto 40); C. Giust. 1° dicembre 2005, Dellas e a. (C 14/04, punti 45 e 53); C. Giust. 14 ottobre 2010, Fuß (C 243/09, punto 64).

stabilire anche se la durata massima settimanale di lavoro comprendente le ore di lavoro straordinario e i periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale sia stata rispettata.

L'attenzione si sposta sulla valutazione dell'attitudine della normativa nazionale, così come posta in rilievo dalla giurisprudenza interna, a soddisfare tale requisito: per la Corte, una normativa nazionale che non preveda l'obbligo di ricorrere ad uno strumento che consenta tale determinazione non è idonea a garantire l'effetto utile dei diritti conferiti dalla Carta e dalla direttiva sull'orario di lavoro, poiché essa priva i lavoratori, ma anche i datori di lavoro, della possibilità di verificare se tali diritti siano rispettati; per contro, una normativa che preveda un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero garantirebbe effettività all'intero impianto di garanzia delle tutele previste dalla direttiva comunitaria.

Un'ulteriore argomentazione riguarda la funzionalità di un sistema di misurazione dell'orario di lavoro rispetto agli obiettivi di tutela della direttiva. La Corte richiama un proprio precedente¹⁸ per sostenere che le difficoltà oggettive di accertamento delle ore di lavoro effettivamente prestate – per nulla attenuate dall'obbligo gravante sul datore di lavoro di istituire un sistema di registrazione e computo delle ore di lavoro straordinario – rendono inidonei anche strumenti suppletivi quali i poteri attribuiti agli organi di controllo ispettivo, o la prova testimoniale nel corso della istruttoria giudiziale, atteso che la mancanza di elementi oggettivi sulla durata della propria giornata lavorativa priverebbe il lavoratore di una prima traccia probatoria essenziale, rendendo così maggiormente gravoso l'onere cui egli è tenuto¹⁹.

La conclusione cui è pervenuta la Corte affida la soluzione ad un intervento del diritto positivo: “*gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la mi-*

¹⁸ Il rinvio è alla C. Giust. 30 maggio 2013, *Worten* (C 342/12), in cui la Corte mette in evidenza l'importanza dell'esistenza di un sistema di misurazione dell'orario di lavoro per garantire l'effetto utile della normativa dell'Unione in materia di limiti all'orario di lavoro (in *DRI*, 2014, p. 851, con nota di SANTORO, *La Corte di giustizia si pronuncia sulle verifiche*). Nella sentenza la Corte precisa che l'obbligo per il datore di lavoro di fornire alle autorità preposte un accesso immediato al registro dell'orario di lavoro può risultare necessario se contribuisce a un'applicazione più efficace della normativa in materia di condizioni di lavoro.

¹⁹ Qui la Corte afferma che “in assenza di un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto, resta comunque difficile per un lavoratore, se non impossibile in pratica, garantire il rispetto effettivo della durata massima settimanale del lavoro, indipendentemente da quale sia tale durata”.

surazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore", e ciò per assicurare quell'effetto utile dei diritti previsti dalla direttiva 2003/88 più volte richiamato. Nella cornice di tale dettato, spetterebbe poi agli Stati membri, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispongono, la determinazione di sistemi differenziati (registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici) a seconda delle caratteristiche e delle esigenze delle singole imprese, purché consentano un agevole controllo del rispetto delle regole sui limiti dei tempi di lavoro²⁰.

E a questo proposito, quasi a voler rafforzare tale soluzione, la Corte ricorda il proprio costante indirizzo secondo cui *"l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima (si impone) a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito della loro competenza, quelle giurisdizionali"*²¹. Da qui il monito ai giudici nazionali, chiamati ad applicare il diritto interno, ad interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva – onde conseguirne gli obiettivi e conformarsi così all'art. 288, terzo comma, TFUE – fino ad includere *"l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva"*²².

È utile segnalare, infine, che l'ordinamento spagnolo – probabilmente sollecitato dal contrasto interpretativo sorto nelle sue alte Corti – ha intanto adeguato il proprio impianto normativo alle indicazioni della Corte di giustizia. Con Regio Decreto 8 marzo 2019 n. 8 è stato apportato un emendamento al comma 7 dell'art. 34 dello Statuto dei lavoratori che prevede l'obbligo della registrazione giornaliera dell'orario lavorativo, con rilevazione dell'orario preciso di inizio e conclusione della giornata lavorativa di ogni dipendente, fatta salva la flessibilità oraria eventualmente stabilita, nonché, se del caso, le pause previste durante la giornata. Ad esso si accompagna, poi, l'obbligo di conservazione della documentazione relativa al conteggio orario per almeno 4 anni, documentazione che dovrà rimanere a disposizione dei dipendenti, dei loro rappresentanti legali e dell'Ispettorato del lavoro e della previdenza sociale.

²⁰ V., in tal senso, anche le Conclusioni dell'avvocato generale ai punti da 85 a 88.

²¹ Cfr. in specie C. Giust. 19 aprile 2016, DI (C 441/14, punti 30 e 31); C. Giust. 13 dicembre 2018, Hein (C 385/17, punto 49).

²² V. C. Giust. 19 aprile 2016, DI cit., punto 33; C. Giust. 17 aprile 2018, Egenberger (C 414/16, punto 72); C. Giust. 11 settembre 2018, IR (C 68/17, punto 64).

Il legislatore spagnolo si è così allineato ad altri ordinamenti europei (vedi Francia, Regno Unito e Portogallo) che prevedono l'obbligo per il datore di lavoro di registrare l'orario giornaliero di lavoro²³.

4. *Le possibili ricadute della sentenza nell'applicazione della normativa italiana*

Alle luce delle conclusioni cui è pervenuta la Corte di giustizia con la sentenza in esame, appare ora utile proporre un raffronto delle questioni affrontate dai giudici comunitari con la disciplina italiana sull'orario di lavoro.

Nel nostro ordinamento il registro dell'orario di lavoro del personale aziendale è affidato al Libro unico del lavoro (LUL), alla cui istituzione e corretta tenuta è vincolato ogni datore di lavoro privato, ad eccezione del lavoro domestico.

Si tratta evidentemente di uno strumento di misurazione della prestazione lavorativa meno rigoroso rispetto ai sistemi europei citati, dal momento che l'art. 39, d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133), integrato in chiave regolamentare dal d.m. 9 luglio 2008, si limita a prescrivere che il LUL, oltre ai nominativi dei lavoratori subordinati e i co.co.co., debba contenere “*un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi*”²⁴. In particolare, il LUL si limita a riportare le ore complessivamente effettuate nella giornata di lavoro, distinguendole in ore di lavoro ordinario e straordinario; manca, nell'impianto normativo, la previsione di un obbligo di registrazione degli orari di entrata e di uscita dei dipendenti, e

²³ In particolare: in Francia le modalità del controllo dipendono dall'organizzazione del lavoro e dall'inquadramento dei dipendenti; in Portogallo il codice del lavoro impone “l'indicazione dell'ora di inizio e la fine dell'orario di lavoro, con le interruzioni o le pause non facenti parte del tempo lavorato, per giorno e settimana” (art. 202); nel Regno Unito i dati così registrati devono essere conservati dal datore di lavoro per almeno due anni. In Germania, invece, tale obbligo è previsto solo per determinate categorie di lavoratori, e può essere stabilito dalla contrattazione collettiva.

²⁴ Sulla disciplina del LUL, si rinvia a RAUSEI, *Il libro unico del lavoro*, Ipsoa, 2009; MUTARELLI, *Il Libro unico del lavoro*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet Giuridica, 2009, p. 125 ss.; D'ARCANGELO, *Il sistema sanzionatorio e di vigilanza sul Libro unico del lavoro*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.; VERGARI, *La certificazione della regolarità retributiva: un nuovo strumento per il datore di lavoro*, in *DRI*, 2008, p. 357 ss.; ASNAGHI, TIRABOSCHI, *I chiarimenti del Ministero del Welfare sul libro unico del lavoro*, in *GL*, 2008, n. 34, p. 12 ss.

dunque dell'articolazione temporale delle ore giornaliere effettivamente svolte.

Quest'obiettivo poteva essere conseguito con il c.d. *LUL telematico*: la riforma conosciuta come *Jobs Act*, e più precisamente l'art. 15 del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151 (c.d. decreto semplificazioni), aveva tentato un'ulteriore razionalizzazione delle procedure amministrative prevedendo che il LUL non fosse più redatto e tenuto dal datore di lavoro o dal professionista incaricato, ma compilato direttamente su una piattaforma messa a disposizione dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

La dematerializzazione del LUL si sarebbe dovuta attuare utilizzando un format univoco, definitivo dal Ministero del Lavoro, nel quale far confluire tutti i dati del Libro unico secondo modalità tecnico-operative demandate ad un decreto ministeriale la cui emanazione è stata più volte prorogata (l'ultimo rinvio prevedeva l'avvio della digitalizzazione del LUL al 1° gennaio 2019), fino al decreto legge 14 dicembre 2018 n. 135 (noto anche come "*Decreto semplificazioni 2019*"), convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12, che ne ha decretato la definitiva abrogazione.

La digitalizzazione delle procedure di registrazione era apparsa sin da subito complicata, anche per la difficoltà oggettiva di armonizzare la standardizzazione del modello unico ministeriale con le esigenze di una gestione personalizzata dei cedolini paga normalmente adoperata dalle aziende.

Di certo, pur non essendo chiaro come concretamente si sarebbe dovuto gestire il LUL dematerializzato, la modalità telematica avrebbe potuto consentire un incrocio più agevole dei dati, anche al fine di poter far emergere in tempo reale eventuali incongruenze in merito a presenze e orario di entrata e di uscita dei dipendenti, ai fini della corretta ed effettiva misurazione dell'orario di lavoro giornaliero.

In chiave sistemica, invece, la disciplina generale sull'orario di lavoro contenuta nel d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 si limita a recepire i diritti sostanziali contenuti nella direttiva 2003/88 senza altresì prevedere un sistema di verifica e controllo circa l'effettiva osservanza da parte del datore di lavoro dei precetti ivi sanciti²⁵.

D'altro canto, la giurisprudenza interna in materia di misurazione dell'orario di lavoro si è sovente occupata di qualificare i "*tempi del lavoro retri-*

²⁵ Sulla disciplina generale dell'orario di lavoro si veda LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 40/2006.

buito”, chiarendo che l’art. 1, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 66/2003 attribuisce un espresso ed alternativo rilievo non solo al tempo della prestazione effettiva ma anche a quello della disponibilità del lavoratore e della sua presenza sui luoghi di lavoro²⁶.

Ma, al di là della definizione del perimetro di riferimento dell’orario di lavoro, nell’elaborazione giurisprudenziale non si è mai adeguatamente approfondito il tema della misurazione dell’orario di lavoro giornaliero, e delle relative implicazioni in ordine ad istituti quali i riposi e permessi giornalieri, se non sotto il profilo dell’art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Su quest’ultimo punto, paradossalmente, l’ordinamento italiano si è avvicinato a quanto richiede il quadro normativo europeo alla luce dei principi sanciti dalla Corte di giustizia soltanto con l’intervento di modifica realizzato dall’art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151 e corretto con l’art. 5, comma 2, d.lgs. 24 settembre 2016 n. 185. Con la novella del Jobs Act, il legislatore ha inteso probabilmente prendere una posizione precisa anche rispetto ad una elaborazione giurisprudenziale sul punto incisiva che affermava l’applicabilità del vecchio testo dell’art. 4 stat. lav. anche al sistema di rilevazione delle presenze all’inizio e alla fine dell’orario di lavoro, in quanto considerato idoneo a realizzare un controllo a distanza sui tempi della prestazione di lavoro dovuta²⁷; derivandone che l’attivazione di siffatto sistema ad opera del datore di lavoro avrebbe comportato la necessità di un accordo sindacale o di una autorizzazione dell’Ispektorato del lavoro²⁸.

²⁶ Cfr. Cass. 16 maggio 2017, nn. 12097 e 12098, in CED, Cassazione, 2017, in cui si legge che la nozione di orario di lavoro rinvenibile nella normativa del 2003 è volutamente ampia e tale da includere nella formulazione non solo l’attività lavorativa in senso stretto, ma anche le operazioni strettamente funzionali alla prestazione, essendo sufficiente che il lavoratore sia “a disposizione” del datore di lavoro, cioè soggetto al suo potere direttivo e disciplinare; Cass. 29 maggio 2017, n. 13466, in CED, Cassazione, 2017, che in applicazione di tale principio, ha considerato orario di lavoro il tempo impiegato dai dipendenti di una acciaieria per raggiungere il posto di lavoro, dopo aver timbrato il cartellino marcatempo alla portineria dello stabilimento, e quello trascorso all’interno di quest’ultimo immediatamente dopo il turno; e da ultimo Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828, in *GL*, 2018, n. 42, p. 32, con nota di MARRUCCI, che allo stesso modo afferma che non può essere considerato periodo di riposo intermedio, ma è lavoro a tutti gli effetti, la temporanea inattività se il lavoratore non può disporre di quel tempo per sue esigenze.

²⁷ Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358, con nota di BELLAVISTA; e più di recente Cass. 13 maggio 2016, n. 9904, in *GI*, 2016, I, con nota di MARAZZA.; Cass. 14 luglio 2017, n. 17531, in *RGL*, 2017, II, p. 28, con nota di MELLACE, TROJSI, *Badge e GPS: strumenti di controllo (e probatori), prima e dopo il Jobs Act*.

²⁸ Cfr. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2016, I, p. 513 ss.

La norma attualmente vigente, invece, consente di uniformare i controlli delle presenze – almeno per ciò che concerne l'ingresso e l'uscita dall'azienda²⁹ – a quelli derivanti dagli strumenti di lavoro per i quali, a norma del secondo comma, non occorre l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa.

L'ordinamento italiano mostra allora non pochi nodi problematici in relazione alle argomentazioni elaborate dalla Corte di giustizia, che mettono in luce alcune lacune: la difficoltà, se non l'impossibilità di garantire, ad esempio, il rispetto effettivo degli obblighi posti in capo al datore di lavoro di far osservare al personale il riposo giornaliero di 11 ore consecutive, ovvero una pausa dopo 6 ore di lavoro, o ancora il riposo settimanale di 24 ore consecutive³⁰.

Si tratta, invero, di criticità già evidenziate nella concreta azione ispettiva dove si è sovente fatto ricorso al *potere di disposizione* disciplinato dall'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004 per fronteggiare il problema pratico di reperire strumenti idonei a consentire l'efficace espletamento del controllo del rispetto di taluni istituti della normativa sull'orario di lavoro, stante i limiti summenzionati³¹.

La disposizione si traduce nella potestà ispettiva di specificare il contenuto generico della norma, imponendo al soggetto ispezionato un obbligo non esplicitato dal legislatore. Presupposto fondamentale è l'indeterminatezza della norma riguardo al comportamento da tenere per adempiere ad un ob-

²⁹ Su punto si rinvia a SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2015, I, p. 604, che distinguendo tra strumenti di rilevazione della presenza e di accesso all'interno del perimetro aziendale e strumenti di controllo dell'ingresso e dell'uscita dall'azienda, afferma che qualora gli strumenti del primo tipo si identificassero con quelli idonei a registrare la mobilità interna dei lavoratori, essi dovrebbero ritenersi vietati in assenza di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza o tutela del patrimonio.

³⁰ Così pure SANTORO, *op. cit.*, in DRI, 2014, p. 855, che evidenzia la difficoltà del controllo ispettivo ad agire in una dimensione meramente formale del numero delle ore di lavoro riportate nel registro delle presenze, senza potersi rapportare a quelle effettivamente eseguite e, per ipotesi, non iscritte.

³¹ Sul provvedimento di disposizione, cfr. da ultimo, RAUSEI, *Disposizioni del personale ispettivo*, in RAUSEI, TIRABOSCHI (a cura di) *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 tra passato e futuro*, Adapt professional series n. 3, 2014, p. 314; e in precedenza, VERGARI *La riforma della funzione di vigilanza in materia di lavoro*, in GUALMINI, PIZZOFERRATO, VERGARI (a cura di), *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Cedam, 2005. Per una ricognizione aggiornata dei poteri e delle funzioni del personale ispettivo, si veda AA.VV., *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act*, in ESPOSITO (a cura di), *Collana Il Nuovo Diritto del Lavoro*, diretta da FIORILLO, PERULLI, Giappichelli, 2017.

bligato da essa posto: la disposizione finisce così per essere adottabile dal funzionario ispettivo in sede di accertamento della disapplicazione o della inosservanza di precetti generali – di oggetto ampio, ma pur sempre definito nei suoi tratti essenziali – concretizzandone così il contenuto³².

La fattispecie è stata più volte affrontata anche dalla giurisprudenza amministrativa con pronunce che hanno riconosciuto la legittimità del provvedimento di disposizione con il quale si è imposto l'obbligo di predisporre sistemi di rilevazione e registrazione giornaliera (cartacei o informatici) degli orari di inizio e termine dei turni di servizio di ciascun lavoratore. Le motivazioni addotte dal giudice amministrativo si sono incentrate sul presupposto che l'indicazione nel LUL del quantitativo complessivo delle ore lavorate per ciascun lavoratore non consente all'autorità ispettiva di adempiere ai compiti di controllo che la legge le assegna, giacché con siffatta generica informazione non è possibile verificare se effettivamente il lavoratore abbia potuto beneficiare di pause intermedie ovvero di riposi giornalieri di almeno undici ore consecutive³³.

La mancanza di un sistema di rilevazione delle presenze, pur se formalmente legittima ai sensi della disciplina del LUL, non consente effettivamente il controllo sul rispetto della normativa in materia di riposi, e dunque ha giustificato nella pratica ispettiva il ricorso ad un provvedimento esecutivo.

Anche alla luce della giurisprudenza interna appena menzionata, è di tutta evidenza che la disciplina italiana sull'orario di lavoro, se si rivela allineata al pronunciato comunitario per quanto attiene agli obblighi c.d. *so-stanziali*, e alle prescrizioni minime della direttiva 2003/88, mostra invece diversi limiti per ciò che concerne gli obblighi c.d. *strumentali*, dati per l'appunto dai sistemi di controllo dell'effettivo rispetto dei primi.

Tali considerazioni inducono a ritenere opportuno un adeguamento

³² Cfr. anche BOMBARDELLI, *Le disposizioni esecutive del personale ispettivo*, in NOGLER, ZOLI (a cura di), *Commentario sul tema Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)*, in NLCC, 2005, 986.

³³ T.A.R. Lombardia (Milano), sentenza 28 marzo 2011 n. 830, in *GL*, 2011, n. 19, p. 39, con nota di SANTORO, *Orario di lavoro: sì del Tar Lombardia alla disposizione esecutiva dell'ispettore*. La pronuncia è stata confermata da Cons. Stato, 4 maggio 2015, n. 5801, in *Boll. ADAPT*, 15 giugno 2015, con nota di SANTORO, *Legittimo il potere di disposizione ispettivo in materia di orario di lavoro*.

dell'ordinamento italiano alle perentorie conclusioni cui giunge la Corte di giustizia.

Sul punto va osservato che un intervento del diritto positivo volto ad imporre al datore di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, implicherebbe conseguenze sul piano dell'organizzazione dell'attività imprenditoriale difficilmente ponderabili in una cornice normativa di rango esclusivamente legislativo, di talché sarebbe auspicabile – come già avviene negli ordinamenti che si sono dotati di una siffatta disciplina (cfr. *supra* nota 23) – un coinvolgimento anche della fonte collettiva, cui affidare la definizione concreta delle modalità e delle forme di tali sistemi, tenendo conto delle peculiarità dei settori produttivi, delle dimensioni e delle articolazioni organizzative delle imprese.

Per altro verso, un siffatto intervento avrebbe un'ulteriore valenza che, pur trascendendo le questioni strettamente affrontate nella pronuncia, non per questo sarebbe meno interessante: la presenza di un obbligo normativamente introdotto potrebbe generare conseguenze significative nel *contenzioso del lavoro* per differenze retributive – come nel caso del lavoro straordinario, o del lavoro notturno, domenicale o festivo – che, nell'attuale dinamica processuale, vede gravare sul lavoratore un rigoroso onere di allegazione della prestazione lavorativa resa, in termini sufficientemente concreti e realistici, oltre che quantitativamente dettagliati, in linea con quanto previsto dall'art. 2697 c.c.³⁴.

Del resto, in materia di lavoro subordinato, si è precisato come il diritto del lavoratore al compenso per lavoro eccedente quello ordinario sia configurabile solo quando ne siano provati l'effettivo svolgimento e la relativa consistenza. Ciò posto, la relativa prova, in base alla generale regola di ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., grava sul lavoratore e deve rigorosamente riguardare sia l'orario normale di lavoro, ove diverso da quello legale, sia la prestazione di lavoro asseritamente eccedente quella ordinaria nonché la misura relativa, quanto meno in termini sufficientemente concreti e realistici³⁵.

Il giudice non ha alcuna possibilità di procedere ad una determinazione

³⁴ Trib. Velletri, sez. lav., 26 marzo 2019, n. 520; Trib. Piacenza, sez. lav., 9 aprile 2014, n. 114, tutte in *Sole 24 Ore, Mass., Repertorio, Lex 24*.

³⁵ Trib. Bari, sez. lav., 23 ottobre 2014, n. 7816, in *Sole 24 Ore, Mass., Repertorio, Lex 24*.

equitativa, potendo solo utilizzare, con prudente apprezzamento, presunzioni semplici.

Orbene, in siffatta dinamica, nel caso in cui il datore di lavoro abbia regolarmente installato il sistema di rilevazione dell'orario di lavoro giornaliero normativamente imposto, i tabulati costituirebbero di per sé l'elemento istruttorio decisivo; diversamente, qualora il datore di lavoro non abbia ottemperato ad un tale obbligo normativo, allora l'onere probatorio, rigidamente incombente sul lavoratore, potrebbe affievolirsi con la composizione di una prova presuntiva delle circostanze allegates dal lavoratore, generando così un effetto dissuasivo rilevante *versus* eventuali inadempienze del datore di lavoro.

Da ultimo, non va sottaciuto che un intervento del diritto positivo si imporrebbe anche in ragione della necessità di armonizzare l'impostazione dei giudici comunitari con le deroghe fisiologiche, sempre più imponenti nell'epoca attuale, alla disciplina ordinaria sull'orario di lavoro. È evidente, infatti, che la rigida imposizione di un sistema di rilevazione delle presenze, in funzione di garanzia delle c.d. prescrizioni minime dettate dalla direttiva 2003/88, risulterebbe alquanto distonica rispetto alla più recente evoluzione del quadro legislativo e contrattuale del diritto del lavoro che – sollecitato anche dalla rivoluzione tecnologica e dai profondi cambiamenti dei modelli organizzativi delle imprese – ha avallato un processo di destrutturazione dei tempi e luoghi di lavoro che non può essere ignorato in questa sede di discussione³⁶.

Il riferimento, ovviamente, è non soltanto al lavoro agile, che il legislatore italiano ha recentemente definito e normato³⁷, e alle più risalenti figure del telelavoro e del lavoratore a domicilio; o al lavoro reso nel mercato digitalizzato; ma anche alla recente esperienza contrattuale che, sempre più, detta nuovi percorsi di auto-organizzazione dell'orario di lavoro segnando così la rottura del paradigma “tempi” e “luoghi” della prestazione lavorativa. In questa direzione si muovono infatti recenti intese che – senza trascurare le esigenze di garanzia delle prescrizioni minime più volte richiamate, e dunque lasciando intendere la persistente rilevanza della disciplina dell'orario di lavoro – sottintendono una evoluzione organizzativa verso una maggiore va-

³⁶ V. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 409/2019.

³⁷ Su cui cfr., per tutti, AA.VV., *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di FIORILLO, PERULLI, Collana *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018.

lorizzazione dei risultati rispetto ai tempi di effettiva presenza sul posto di lavoro³⁸.

³⁸ Cfr. CCAL MONDADORI del 27 luglio 2018, ove si conviene che “...le parti intendono condividere e promuovere un percorso di cambiamento della cultura organizzativa, in base al quale il monitoraggio dell’attività lavorativa non avvenga più attraverso le ore di presenza sul luogo di lavoro, ma mediante la valutazione dell’effettivo apporto fornito alla produttività aziendale in funzione dei risultati conseguiti. [...] L’orario è fissato in 39 ore settimanali. [...] L’orario di lavoro standard è stabilito in 7,48 ore di lavoro giornaliero [...] E’ prevista una sola timbratura, all’entrata del mattino, da effettuarsi di norma entro le ore 9.30 [...] Non essendo richiesta alcuna altra timbratura, il dipendente è responsabile della gestione del proprio orario di lavoro; lo svolgimento del lavoro avverrà nei limiti di cui sopra e in accordo con il proprio superiore e con le esigenze tecnico-organizzative e produttive”. Verso il superamento dell’orario di lavoro o comunque verso una disciplina per l’auto-organizzazione dell’orario di lavoro, si vedano anche CCAL DUCATI del 22 ottobre 2018 e CCAL ZURICH ITALIA 29 marzo 2018, in *La contrattazione collettiva in Italia*, V Rapporto Adapt, 2018, p. 92 ss.

Key words

Orario di lavoro, tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, riposo giornaliero e settimanale, ispezione del lavoro.

Working time, protection of workers' safety and health, daily and weekly rest, labour inspection.

Trib. Roma, Sez. 3 civile, sentenza 8 maggio 2019, n. 4354 – *Giudice V. Cacace*

Rinunzie e transazioni – Art. 2113, ultimo comma, c.c. - Conciliazione sindacale – art. 412 *ter* c.p.c. – Mancata regolamentazione della procedura conciliativa da parte del CCNL – Mancanza di effettività nell’assistenza sindacale – Invalidità.

La conciliazione in sede sindacale è valida ai fini richiesti dall’art. 2113 c.c. solo se svolta nel rispetto della modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi e solo se il rappresentante sindacale ha prestato una reale ed effettiva assistenza al lavoratore.

★ ★ ★

Roberto Voza

Sui presupposti di validità delle rinunzie e transazioni concluse in sede di conciliazione sindacale

Sommario: 1. L'assistenza alla volontà individuale come presupposto di validità delle rinunzie e transazioni. 2. La conciliazione sindacale tra procedura regolata dal contratto collettivo e procedura 'libera'. 3. I requisiti dell'assistenza prestata dal conciliatore.

1. *L'assistenza alla volontà individuale come presupposto di validità delle rinunzie e transazioni*

Il carattere (sempre più) eterogeneo dei soggetti innanzi ai quali la legge prevede la possibilità di concludere rinunzie e transazioni sottratte al regime di invalidità di cui all'art. 2113, 1° comma, c.c., non sgombra ogni dubbio circa le modalità dell'assistenza che i soggetti investiti di tale funzione sono chiamati a prestare.

A ben guardare, la stessa formula dell'autonomia/volontà individuale assistita (o dell'assistenza all'autonomia/volontà individuale) è una convenzione linguistica adottata in dottrina e in giurisprudenza, che non trova alcun riscontro nel testo della norma. "Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile": null'altro che questo dispone il comma finale dell'art. 2113 c.c., particolarmente laconico nel disciplinare il regime di validità delle rinunzie e transazioni.

Non ha fatto di meglio il legislatore più recente, allorquando ha richiamato il regime delle rinunzie e transazioni nel contesto delle procedure conciliative esperibili innanzi ad ulteriori organismi, evidentemente abilitati a validare gli atti dispositivi dei diritti del lavoratore, ossia la commissione di certificazione e il funzionario-conciliatore in fase ispettiva.

Infatti, la commissione di certificazione è resa competente – testualmente – "a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse" (art. 82, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel testo modificato dall'art. 31, comma 14, lett. a, l. 4 novembre 2010, n. 183).

L'ambiguità della norma ha indotto alcuni a ipotizzare che la certificazione delle rinunzie e delle transazioni non generasse l'effetto della inoppu-

gnabilità sancito dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., bensì servisse – più modestamente – a “conferire certezza alla qualificazione dell'atto”, attestandone la natura abdicativa o transattiva, in modo da prevenire l'insorgere della nota *querelle* intorno alla distinzione tra rinunzie e transazioni, da un lato, e cosiddette quietanze a saldo, dall'altro¹. Una lettura di tal segno, pur sostenibile su un piano strettamente letterale, priverebbe la norma di “qualsiasi riflesso pratico”², rendendo quanto mai improbabile che il datore di lavoro aderisca alla procedura di certificazione delle rinunce o transazioni, senza poterne ottenere l'agognato beneficio della irrevocabilità. Conseguentemente, la dottrina si è detta subito concorde nel sostenere che si tratta di una innovazione solo “sul piano dei soggetti davanti ai quali il lavoratore può porre validamente in essere rinunzie e transazioni su diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo la cui disciplina rimane dettata dalla tradizionale norma dell'art. 2113 c.c.”³.

Sempre in relazione alla selezione dei soggetti coinvolti, una seconda ibridazione (oltre quella tra conciliazione e certificazione) è quella tra conciliazione e funzione ispettiva, posto che l'accordo raggiunto in sede di conciliazione monocratica (sia preventiva all'avvio dell'ispezione, sia contestuale al suo svolgimento), ovvero a seguito di diffida accertativa per crediti patrimoniali intimata dallo stesso personale ispettivo, è letteralmente sottratto all'applicazione delle “disposizioni dell'articolo 2113, commi primo secondo e terzo, del codice civile” (v. artt. 11 e 12, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124).

Anche in questo ambito si è generato un equivoco interpretativo nella lettura del dato normativo. Per la sua particolare configurazione, la procedura

¹ Era la tesi di NOGLER, *Il nuovo istituto della “certificazione” dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, p. 123, il quale ammetteva, però, che, alla luce di tale interpretazione, non vi sarebbe stata ragione per il datore di lavoro di “privilegiare la certificazione alla conciliazione”: quest'ultima, infatti, presenta il “notevolissimo vantaggio” di rendere inoppugnabile “l'atto abdicativo del lavoratore”. In senso conforme, v. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in *AA.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsos, Milano, 2004, p. 439.

² Come riconosce lo stesso NOGLER, *Sub artt. 82-84*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 917, rettificando la propria precedente interpretazione.

³ M.G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di CURZIO, Cacucci, Bari, 2004, p. 587. Nello stesso senso, GRAGNOLI, *Sub art. 82*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI, PERULLI, Cedam, Padova, 2004, p. 859; TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di MAGNANI, VARESI, Giappichelli, Torino, 2005, p. 608; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, I, p. 261.

di conciliazione monocratica è stata intesa come una “evidente deroga al principio della volontà assistita”. Nella circolare ministeriale n. 24/2004, che fornisce chiarimenti e indicazioni operative intorno al d.lgs. n. 124/2004, si mette in evidenza, infatti, la “peculiare struttura della conciliazione monocratica, in cui *rileva la volontà non assistita del lavoratore*, contrariamente a tutte le altre forme di conciliazione previste dall’ordinamento” (corsivo nostro).

Evidentemente, tale lettura identifica l’assistenza con quella prestata dal sindacato, tant’è vero che, per riequilibrare la mancata presenza dei rappresentanti delle parti, che avrebbe dato “maggiori garanzie” al lavoratore, si consente al funzionario conciliatore di “non procedere a sottoscrivere il verbale di un eventuale accordo manifestato dalle parti, nei soli casi in cui risulti evidente la mancanza di una genuina e libera manifestazione del consenso da parte del lavoratore”.

Ai fini della validità degli atti dispositivi contenuti nel verbale di conciliazione, non vi è alcuna differenza tra *sedi protette*, tutte egualmente abilitate a garantire tale effetto, attraverso una selezione che deve ritenersi tassativa⁴: pare decisivo, a questo proposito, segnalare che la sancita validità delle rinunzie e transazioni ha carattere speciale rispetto alla regola generale, posta nel primo comma dell’art. 2113 c.c.

L’unicità dell’effetto necessariamente si riflette sulla *ratio* che induce il legislatore ad esigere la presenza di alcuni soggetti *qualificati* per realizzarlo. Evidentemente, la loro presenza neutralizza la ragione (eguale e contraria) per la quale, al di fuori delle sedi protette, le rinunzie e transazioni sono invalide ed impugnabili nei tempi e nei modi previsti dall’art. 2113, commi 2 e 3, c.c.

La previsione di una ‘zona franca’ nella quale le rinunzie e le transazioni restano inattuabili (tale è il significato unanimemente attribuito all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c.) conferma pienamente l’inammissibilità di una con-

⁴ TULLINI, *Ancora sui requisiti della conciliazione sindacale (a proposito della mancata sottoscrizione del rappresentante di fiducia del lavoratore)*, in *RIDL*, 2000, II, p. 576, nonché ZACCARELLI, *La conciliazione monocratica*, in *RGL*, 2005, I, p. 848, ma già PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, art. 2113, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109. In giurisprudenza, v. Cass. 3 giugno 1983, n. 3798, in *MGL*, 1983, p. 274; Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in *MGL*, 1984, p. 89; Cass. 2 aprile 1987, n. 3202, in *FI*, 1988, I, c. 1122 (quest’ultima con riferimento al caso della conciliazione intervenuta – alla presenza del giudice delegato – tra il creditore ed il liquidatore del concordato preventivo, considerata non assoggettabile al regime di cui all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c.); Cass. S.U., 10 maggio 1988, n. 3425, in *NGL*, 1988, p. 438.

figurazione dei diritti dei lavoratori in termini di indisponibilità assoluta, avvalorando quella lettura che fonda la *ratio* dell'art. 2113 c.c. su una valutazione di menomazione della libertà negoziale del lavoratore. Se nelle cosiddette sedi protette il negozio di disposizione acquista *ab origine* piena validità, evidentemente è perché si suppone che in quel contesto la volontà del lavoratore riceva adeguata protezione, *alias* assistenza, per effetto della presenza del conciliatore.

Persino chi contesta la formula dell'autonomia individuale assistita, considerandola "una creazione giuridica artificiosa, pur se molto fortunata e radicata nella storia del diritto del lavoro", non può negare che la procedura conciliativa abbia – sia pure in aggiunta allo scopo di favorire la composizione delle liti di lavoro – anche quello di "fornire un ausilio al lavoratore, un sostegno nell'esercizio del suo potere dispositivo, oppure, se si preferisce un'altra prospettiva, un rimedio rispetto alle asimmetrie informative fra le parti nell'attività dismissoria"⁵.

In estrema sintesi, l'ausilio di determinati soggetti è reputato in grado di depurare l'atto abdicativo o transattivo delle "conseguenze di segno negativo proprie dello stato d'inferiorità del lavoratore *uti singulus*"⁶, riconsegnando all'autonomia individuale (purché assistita) quel potere dispositivo generalmente riconosciuto al titolare di un diritto soggettivo.

Insomma, è come dire che non è la conciliazione *in sé* a giustificare la validità delle rinunzie e transazioni, ma la conciliazione *in quanto* riesca a rimuovere quella asimmetria di potere negoziale che lo stesso legislatore – evidentemente – assume come *ratio* del generale regime di invalidità di tali atti.

2. *La conciliazione sindacale tra procedura regolata dal contratto collettivo e procedura 'libera'*

Per le sedi protette diverse da quella sindacale non può essere in discussione l'individuazione dell'organo competente a svolgere tale funzione: collegiale (come nel caso della commissione costituita in sede amministrativa

⁵ TULLINI, *Replica*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 380-381.

⁶ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, p. 314.

ai sensi dell'art. 410 c.p.c.) o monocratico (come nel caso del giudice e dell'ispettore del lavoro), si tratta comunque di un soggetto individuabile direttamente *ex lege*.

Di contro, è lecito chiedersi chi possa incarnare – esattamente – la figura del conciliatore sindacale.

Le modifiche introdotte in materia dal cosiddetto Collegato Lavoro (ossia la richiamata l. n. 183/2010) hanno generato disordine nel quadro normativo previgente.

In passato, l'art. 410 c.p.c. menzionava la possibilità di promuovere il tentativo di conciliazione sindacale al di fuori delle “procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi”. Eppure, si formò un orientamento interpretativo che restringeva la validità (ai fini dell'art. 2113, ultimo comma, c.c.) delle conciliazioni avvenute in sede sindacale ai soli accordi intervenuti in osservazione delle procedure conciliative (eventualmente) previste nell'ambito dei contratti collettivi⁷. Nella concreta applicazione della norma è prevalsa la tesi contraria, che riconosce pieno valore alle conciliazioni realizzate con la semplice assistenza di un rappresentante sindacale, a prescindere dalle (eventuali) previsioni del contratto collettivo⁸.

L'attuale art. 412-ter, c.p.c., almeno secondo l'interpretazione fornita dalla pronuncia in esame, “attribuisce valenza di conciliazioni in sede sindacale solo a quelle conciliazioni che avvengano con le modalità procedurali previste dai contratti collettivi e in particolare da quelli sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

⁷ MORTILLARO, *Le associazioni sindacale nel nuovo processo di lavoro*, in *MGL*, 1972, p. 473; SANDULLI, *La legge sul nuovo processo del lavoro (Profili di diritto sostanziale)*, in *DL*, 1974, I, p. 362; DALMASSO, *Conciliazione sindacale, transazione ed art. 6 della legge 11 agosto 1973, n. 533*, in *OGI*, 1975, p. 240; D'HARMANT FRANCOIS, *Sindacato e contratto collettivo nel nuovo art. 2113 cod. civ.; alcune riflessioni*, in *DL*, I, 1975, p. 201; ASSANTI, *Le controversie del lavoro e della previdenza sociale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da RIVA SANSEVERINO, MAZZONI, Cedam, Padova, vol. IV, 1975; ulteriori riferimenti in PETINO, *Composizione delle liti e ruolo del sindacato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 328, nt. 41. Tale opinione trovava conforto in un'ormai lontana indicazione ministeriale: cfr. Circolare Min. Lav., n. 1138/G/77, 17.3.1975, in *RDL*, 1975, III, p. 254. In giurisprudenza, cfr., Cass. 17 gennaio 1984, n. 391, in *MGL*, 1984, p. 89; Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in *RIDL*, 2003, II, p. 178; Trib. Milano, 26 settembre 2002, in *RCDL*, 2003, p. 192.

⁸ ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981, pp. 90-91; GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, 2000, p. 209; MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *DDP com.*, vol.V, 1990, p. 64; GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro (11 agosto 1973, n. 533)*, in *RDL*, I, 1974, p. 54; in giurisprudenza, v. Pret. Roma, 19 giugno 1976, in *FI*, 1976, I, c. 2495.

In effetti, secondo tale articolo, rubricato *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*, “la conciliazione e l’arbitrato, nelle materie di cui all’art. 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

Tale disposizione compare nell’elenco di quelle richiamate dall’art. 2113, ultimo comma, c.c.: secondo il Tribunale di Roma, ciò confermerebbe l’*intentio legis* di “attribuire soltanto ed esclusivamente a questo tipo di conciliazioni la prerogativa della non impugnabilità”, in virtù di una norma che il giudice romano considera “di carattere eccezionale e quindi non suscettibile di applicazione analogica né di interpretazione estensiva”. Pertanto, “laddove non vi sia evidenza, come nella specie, che la conciliazione sia avvenuta nel rispetto di norme specificamente dettate dalla contrattazione collettiva, essa non può beneficiare del regime di inoppugnabilità previsto dalla legge”.

Qualche (a nostro avviso, fondato) dubbio su questa conclusione può sorgere, ove si pensi che proprio nell’elenco predisposto dall’art. 2113, ultimo comma, c.c., compare l’art. 411 c.p.c., il quale contempla – al terzo comma – l’ipotesi in cui il tentativo di conciliazione si svolga “in sede sindacale”. Si potrebbe, dunque, sostenere la perdurante utilizzabilità del canale sindacale *libero*⁹, ossia estraneo alle modalità di conciliazione previste dalla contrattazione collettiva, qualificato dallo stesso legislatore (nel successivo art. 412-ter, c.p.c.) come altra modalità conciliativa rispetto a quelle previste nelle precedenti disposizioni.

In tal modo, si recupererebbe la possibilità di munire la conciliazione in sede sindacale dell’effetto della inoppugnabilità (degli atti dispositivi ivi contenuti) a prescindere dalle previsioni del contratto collettivo (il quale, peraltro, spesso non ne contiene affatto), ovvero nel caso in cui “l’organizzazione stipulante il contratto collettivo contenente certe procedure si rifiuti di assistere il lavoratore non iscritto e non aderente alla linea politico-sindacale di quella organizzazione”¹⁰.

Certo, la soluzione interpretativa alla quale perviene la sentenza in commento, fondata sulla esclusività del canale conciliativo sindacale richiamato

⁹ Lo dà per scontato IZZO, *I tentativi di conciliazione, in La nuova giustizia del lavoro*, a cura di DALFINO, 2011, Cacucci, Bari, p. 386.

¹⁰ PETINO, *op. cit.*, p. 336.

dall'art. 412-ter, c.p.c., ha la conseguenza, ben percepibile in termini di politica del diritto, di impedire ad un sindacato, privo di adeguata rappresentatività, di rendere inoppugnabili gli atti dispositivi dei lavoratori ai quali presta assistenza.

In passato, era stato invocato il requisito della *maggiore*¹¹, ovvero (in una versione più mite) di una *sufficiente*¹² rappresentatività in capo agli agenti sindacali chiamati ad assistere il lavoratore. Un primo argomento in tal senso faceva leva su una sorta di “coerenza dell’istituto conciliativo”¹³, visto che la presenza sindacale nelle commissioni di conciliazione in sede amministrativa è selezionata attraverso il criterio della maggiore rappresentatività “su base nazionale” (art. 410, 4° comma, c.p.c.), e in ciò si è letto una valutazione di meritevolezza sulla “idoneità esclusiva” di tali organizzazioni a garantire “una adeguata tutela dei lavoratori nel momento conciliativo”¹⁴.

In verità, era facile obiettare che quel requisito si spiega in vista della partecipazione ad una pubblica funzione, e non invece “per un’attività conciliativa a beneficio degli iscritti al sindacato – purché genuino – o di coloro che accettino di affidarvi”¹⁵. In sostanza, l’assistenza del lavoratore in sede di autocomposizione della controversia, costituisce espressione di libertà sindacale, e ciò – in assenza di una espressa limitazione normativa – rende pienamente ammissibile, ai fini voluti dall’ultimo comma dell’art. 2113 c.c., l’intervento di qualsiasi organizzazione sindacale, con l’unica, ovvia, esclusione del sindacato di comodo di cui all’art. 17 Stat. lav.¹⁶.

Peraltro, se si individuasse – come ritiene di poter fare il Tribunale di Roma – la predetta limitazione normativa nell’art. 412-ter, c.p.c., il ragionamento si caricherebbe di un’ulteriore implicazione.

¹¹ FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, ora in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, p. 267.

¹² CESSARI, *Trattazione extra giudiziale delle controversie di lavoro*, in *RGL*, 1966, I, pp. 449-450. Dopo la riforma del processo del lavoro, si registra l’opinione di PERA, *op. cit.*, p. 91, il quale sembra accontentarsi di “un sindacato sufficientemente rappresentativo” (pur preferendo quello “maggiormente rappresentativo”).

¹³ FERRARO, *op. cit.*, p. 267.

¹⁴ PETINO, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, 1989, vol. XL, p. 1003.

¹⁶ ARANGUREN, *op. cit.*, p. 92. Già GRANDI, Sulla inoppugnabilità della conciliazione “in sede sindacale”, in *Mass. giur. lav.*, 1975, p. 328, osservava che “il requisito della maggiore rappresentatività è un criterio selettivo di valutazione, che non può essere esteso al di là dei limiti, entro i quali la legge ne prescrive espressamente l’applicazione”.

Nel caso di specie, risulta che il conciliatore sindacale fosse stato designato dalla CISL, sindacato tradizionalmente annoverabile tra quelli maggiormente rappresentativi. Eppure, il giudice ritiene che tale rappresentante non fosse abilitato a validare la conciliazione ai fini dell'art. 2113 c.c., poiché “non consta che il CCNL di categoria qui applicabile contenga una disposizione collettiva che regola la procedura di conciliazione sindacale”. In verità, l'art. 412-ter, c.p.c. non restringe ai contratti collettivi nazionali la facoltà di prevedere le “sedi” e le “modalità” della conciliazione sindacale. Letteralmente, dunque, nulla escluderebbe che qualsiasi altro livello negoziale sia utile ai fini della regolazione delle procedure conciliative in sede sindacale.

3. I requisiti dell'assistenza prestata dal conciliatore

La sentenza in esame si sofferma pure sulle modalità dell'intervento del conciliatore (nel caso di specie, il rappresentante sindacale) chiamato ad avalare le rinunce e le transazioni del lavoratore.

Da un punto di vista teorico, siamo convinti della necessità di un approccio unitario a tale problematica, in grado di adattarsi a tutti i soggetti che possono prestare la propria assistenza, a prescindere dalla differente configurazione di ciascuno di essi.

In particolare, si deve rinunciare a voler imporre al soggetto che assiste il lavoratore un atteggiamento di *obiettività* e *neutralità*, erroneamente considerato – in passato – quale presupposto indefettibile di legittimazione dell'attività di ausilio ai negozi *ex art. 2113 c.c.*

Già gli organismi di conciliazione a composizione paritetica (la commissione di conciliazione e la commissione di certificazione istituita presso enti bilaterali) svolgono una funzione pubblica, ma vedono al proprio interno la presenza di componenti chiamati a *parteggiare* per i soggetti della lite. Quando, poi, l'assistenza è prestata dal sindacato, sarebbe impensabile richiedere a quest'ultimo di farsi carico di “una pura e semplice esigenza di mediazione degli interessi in conflitto”¹⁷, assumendo un atteggiamento, per così dire, di indifferenza verso gli interessi del lavoratore, che, invece, il rappresentante sindacale deve aver cura di presidiare (in via esclusiva). Né si può pensare di riferire a quest'ultimo l'affermazione secondo cui il conciliatore

¹⁷ PETINO, *op. cit.*, p. 53.

è tenuto ad “assistere le parti in maniera indipendente e imparziale, evitando di fornire all’una una consulenza maggiormente professionale e delle informazioni più vantaggiose di quelle che riserva all’altra”¹⁸.

Tale considerazione ha indotto parte della dottrina ad abbandonare qualunque sforzo di ricomposizione unitaria del complesso fenomeno conciliativo, ed a riconoscere una “profonda differenza” fra il ruolo del giudice, delle organizzazioni sindacali e della commissione di conciliazione, nel senso che, mentre il giudice e l’organo amministrativo si limiterebbero a interporre i propri buoni uffici al fine di favorire l’accordo (quale esso sia), il sindacato offrirebbe al lavoratore “una garanzia di forza”, e non di neutralità, “giacché è in giuoco ben altro che il disinteresse del mediatore, quando viceversa si tratta di confidare la tutela del soggetto più debole del contratto di lavoro a quelle entità che permettono di ristabilire la parità a livello collettivo”¹⁹.

Una simile lettura fa affiorare una spaccatura, in verità priva di riscontri positivi, tra quelli che finirebbero per apparire come due distinti modelli di assistenza all’autonomia individuale del lavoratore: quella giudiziale/amministrativa, legittimata da una presunta neutralità, e quella sindacale, prima negletta (dopo la caduta dell’ordinamento corporativo)²⁰ perché ormai deprivata di qualsiasi incrostazione pubblicistica, e poi – per la medesima ragione – rivalutata (talvolta, sopravvalutata) attraverso le modifiche introdotte dalla legge sul processo del lavoro.

In realtà, ciascun organismo conciliativo svolge la medesima funzione di assistere la parte debole, e non solo – genericamente – di tentare la conciliazione: in questa attività, esso ha il compito di chiarire al (solo) lavoratore il significato e la portata degli atti dismissivi che intende sottoscrivere, con ciò rafforzandone la libertà negoziale. L’imparzialità della pubblica amministrazione incarnata dalla commissione di conciliazione, ovvero la terzietà del giudice (conciliatore) non sono messe in discussione dall’esercizio di tale funzione: il supporto tecnico-informativo volto alla illustrazione del signifi-

¹⁸ DESSÌ, *L’indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l’art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 183.

¹⁹ PERA, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *RDTPC*, 1967, pp. 224-225.

²⁰ Allorquando prevalse, in dottrina e in giurisprudenza, la tesi della inidoneità della presenza sindacale a garantire la validità degli atti abdicativi o transattivi del lavoratore, in ragione della diversa natura del sindacato post-corporativo (per ogni riferimento, si rinvia a VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, p. 79).

cato e delle conseguenze dell'atto di disposizione contenuto nel verbale di conciliazione serve proprio a ripristinare una posizione di (sostanziale) parità fra le parti.

Indubbiamente, però, in giurisprudenza (esattamente come nel caso di specie) si registra “una speciale attenzione”²¹ quando la conciliazione avviene in sede sindacale, ove si accentua “la tendenza ad attribuire al terzo mediatore un ruolo attivo e di assistenza effettiva”²².

Infatti, è ormai costante l'orientamento che richiede al rappresentante sindacale un'attiva e diretta partecipazione alle trattative – che si racchiude nel concetto di assistenza “effettiva” – al fine di evitare ogni rischio di coazione e di approfittamento da parte del datore di lavoro²³.

Rimane, tuttavia, la difficoltà di individuare che cosa possa concretamente indicare lo svolgimento di una simile attività da parte del conciliatore.

Sul piano sostanziale, tale assistenza si concretizza in una serie di compiti che sfuggono ad una rigorosa classificazione: “rendere edotto il lavoratore in ordine alle sue possibili pretese, esaminare seriamente la probabilità della causa, valutare se ed in quali termini convenga la composizione date le difficoltà che, in diritto e in fatto, la lite presenta”²⁴, e, infine, illustrare gli effetti ‘tombali’ che la conciliazione assistita spiega sui diritti dismessi.

In definitiva, si tratta di fornire la garanzia di un consenso genuino e consapevole, perché *informato*, colmando quel *deficit* cognitivo in cui il lavoratore può venirsi a trovare.

Nel caso in esame, dall'istruttoria il rappresentante sindacale emerge come “una persona sconosciuta”, rimasto “silente dinanzi all'intimidazione datoriale”, senza assumere alcun “contegno concretamente protettivo” nei confronti della lavoratrice, “ragionevolmente ignara della complessa normativa che disciplina la materia e, quindi, in una posizione di evidente debolezza rispetto alla parte datoriale”. Né la mera lettura del verbale predisposto dal datore, accompagnata dalla precisazione della irrevocabilità della decisione

²¹ NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 381.

²² ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2016, p. 117.

²³ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024. In senso conforme, per limitarsi alle pronunzie dell'anno in corso: Trib. Cosenza, 11 settembre 2019, n. 1475; Trib. Bari, 28 agosto 2019, n. 3154; Trib. Roma, 25 giugno 2019, n. 6268; Cass., ord. 1° aprile 2019, n. 9006. In dottrina, v. PIOVESANA, *Conciliazione sindacale ed effettività dell'assistenza prestata al lavoratore*, in *GI*, 2014, p. 4 ss.

²⁴ PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 80.

di sottoscriverlo, sono reputate dal Giudice sufficienti ad integrare quella “reale ed effettiva assistenza” necessaria ai fini della inoppugnabilità della conciliazione raggiunta.

Ciò non toglie che la valutazione (giudiziale) in ordine al carattere effettivo dell’assistenza prescinde – di per sé – dal contenuto, ossia dal *merito* dell’accordo. Sotto questo profilo, non è affatto richiesto – quale requisito di validità del negozio concluso in sede conciliativa – che il mediatore sia riuscito ad imporre una soluzione che risulti il più possibile vantaggiosa per il lavoratore. Indubbiamente, però, “la composizione della lite a condizioni rovinose o gravemente inique in danno del lavoratore, ove accompagnata da ulteriori circostanze spia, potrà costituire concreto indizio del mancato assolvimento da parte del conciliatore sindacale della funzione di garanzia attribuitagli”²⁵. In caso di transazione, l’esiguità dell’importo può essere tale da far venir meno l’elemento della reciprocità delle concessioni, come evidenziato dalla giurisprudenza²⁶.

Rimane il fatto, tuttavia, che il lavoratore, nonostante tutta l’opera di assistenza prestata dal soggetto terzo, può sempre *consapevolmente* preferire una transazione, per così dire, ‘rovinosa’, pur di ottenere una immediata, per quanto minima, soddisfazione delle proprie pretese creditorie. A quel punto, “il conciliatore può, certo, ammonire il lavoratore sulle conseguenze del nero che, sottoscrivendo, sta per apporre sul bianco: ma, alla fine, dovrà pur prendere atto che quel lavoratore, rinunciando ad un diritto derivante da una norma inderogabile, esercita una facoltà riconosciutagli dall’ordinamento”²⁷.

Si è tentato, in dottrina, di delineare situazioni-limite, in cui il terzo avrebbe il potere-dovere di “rifiutare la conciliazione”, ossia qualora essa “abbia ad oggetto «diritti primari» del lavoratore e non solo «diritti patrimoniali derivanti da violazione di norme inderogabili»”²⁸. La questione si semplifica di molto, fino a perdere ogni concreto interesse, ove si consideri che il negozio che abbia le caratteristiche di un patto in deroga è sempre radicalmente nullo,

²⁵ PARDINI, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*, in *RIDL*, 2003, II, p. 180.

²⁶ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 2 marzo 2015, n. 577, che conclude per la nullità del verbale di conciliazione.

²⁷ GHEZZI, *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l’assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, 2000, p. 208.

²⁸ ROSSI, *Problemi della “conclusa” conciliazione delle controversie di lavoro*, in *LPO*, 1984, p. 653.

a prescindere dall'eventuale avallo ricevuto da organi qualificati: l'assistenza prestata (o negata) da questi ultimi è semplicemente irrilevante.

Viceversa, i negozi assistiti che si muovano sul piano dispositivo non paiono in alcun modo aggredibili, fino a quando il lavoratore non dimostri la carenza di una effettiva attività di assistenza, ovvero la presenza di un motivo comune di invalidità negoziale (essenzialmente, un vizio del consenso).

Occorre aggiungere che l'assistenza può essere effettiva, anche se l'organo conciliatore non 'condivida' le scelte operate nell'atto imputabile alla esclusiva volontà del lavoratore, il quale, ai fini richiesti dall'art. 2113, 4° comma, non è certo tenuto a uniformarsi al parere espresso dal conciliatore. Ciò vale anche nella conciliazione in sede sindacale, ove "la *ratio* della norma è rispettata, sol che il lavoratore abbia la possibilità di tener conto, nel procedimento formativo della propria volontà, delle indicazioni e dei suggerimenti fornitigli dal sindacato"²⁹.

Il fatto che il conciliatore non abbia l'obbligo di impedire una conciliazione sbilanciata a danno del lavoratore, non significa, naturalmente, che egli non *possa* tentare di farlo: ci si interroga, addirittura, sulla possibilità – per il conciliatore – di "rifiutare il suo assenso alla composizione ipotizzata", "anche se, evidentemente, a questo punto niente può impedire che il soggetto protetto concili da solo, anche a condizioni valutabili come rovinose, e non si avvalga poi della possibilità di impugnare la transazione così invalida"³⁰.

Oltre a poter ovviamente dissentire, il conciliatore in sede sindacale non ci pare obbligato a sottoscrivere il verbale di conciliazione (e questa appare un'altra peculiarità rispetto alla conciliazione amministrativa e giudiziale, dove il conciliatore non può omettere i propri doveri di ufficio); del resto, il sindacato che riceve la richiesta di assistenza potrebbe rifiutarsi *a monte* di partecipare al procedimento conciliativo, ossia prima che questo prenda avvio.

In ogni caso, il tentativo sindacale di impedire il perfezionamento dell'accordo attraverso il rifiuto di fornire assistenza, oppure attraverso la mancata sottoscrizione del verbale, può essere facilmente neutralizzato dalle parti, le quali sono libere di rivolgersi ad altra organizzazione sindacale, oppure ad altra istanza conciliativa, di natura amministrativa o giudiziale.

²⁹ A. FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 583.

³⁰ PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 81, nonché L. RUSSO, *Rinunce, transazioni e accordi individuali in deroga nei contratti agrari*, Cedam, Padova, 2002, p. 61.

Key words

Diritto del lavoro, rinunzie, transazioni, conciliazione sindacale, contratto collettivo.

Labour law, waivers, compromises, trade union conciliation, collective agreement.

Antonio Lettieri
Memorie dell'altro secolo:
1970, attacco al Taylorismo

Sommario: **1.** Organizzazione tayloristica del lavoro e sindacato. **2.** La teoria di Taylor e la pratica di Ford. **3.** Come nacque l'inquadramento unico. **4.** Formazione e professionalità: "150 ore" e inquadramento unico.

1. Organizzazione tayloristica del lavoro e sindacato

Ero all'ufficio studi della CGIL, quando mi appassionai alla questione delle qualifiche, considerando sbagliata la dottrina che ispirava la tradizionale contrattazione sindacale delle qualifiche, e che aveva nella Cgil un fondamentale supporto teorico e pratico. Quella che allora chiamavamo, senza pudore, la "classe operaia" mi sembrava frammentata da un inquadramento professionale che sacrificava la grande massa degli operai. Insomma, il sindacato si accontentava di rappresentare l'*élite* operaia qualificata. Ricordo che quando andavo a Torino per i Direttivi della CGIL, parlavano tutti piemontese. E io facevo fatica a capirli e dovevo farmi "tradurre" per potere intervenire. Erano i delegati di fabbrica tutti piemontesi e tutti facenti parte dell'*élite* operaia. Eppure la grande maggioranza degli operai era composta di meridionali con i loro dialetti (che avrei capito), ma loro non c'erano. Non era un difetto del grande sindacato torinese. È che il sindacato aveva sempre rappresentato gli *skilled*. La grande massa degli *unskilled* – addetti con mansioni elementari alle macchine o all'assemblaggio – erano una sottospecie incapace di (o impossibilitata a) autorappresentarsi. Era la grande massa degli operai comuni.

In sostanza, il sindacato si era adeguato alla divisione del lavoro secondo

il rigoroso modello di Taylor, applicato da Henry Ford all'inizio del secolo. Era il superamento dell'operaio di mestiere, la dequalificazione di massa come indispensabile premessa e corollario della svolta del lavoro industriale. Secondo il nuovo modello della manifattura, la grande massa dei lavoratori era addetta a mansioni elementari, il cui svolgimento era dettato dalle macchine utensili e, successivamente, dalla catena di montaggio. Non bisognava conoscere il processo produttivo. Il segreto dell'*organizzazione scientifica del lavoro* dell'ingegnere Taylor era nell'estrema parcellizzazione, che aborrisce (ed escludeva) l'intervento attivo del lavoratore. Non si chiedeva alcuna intelligenza del processo. Ogni lavoratore era al servizio della sua mansione: con tempi rigorosamente scanditi per ogni movimento. Era quello che poi fu definito l'*operaio-massa*. In sostanza la stragrande massa dei lavoratori della manifattura.

Rievocando Marx, si poteva dire che, mentre nella manifattura tradizionale la macchina era al servizio dell'uomo, ora l'uomo si poneva al servizio della macchina.

Taylor aveva esemplificato la sua rivoluzione con la famosa descrizione del modo di spazzare il cortile di una fabbrica: la lunghezza della scopa; il modo di impugnare; la sequenza dei movimenti delle braccia; la raccolta della spazzatura; il suo smaltimento. Ford applicò e perfezionò il modello, parcellizzando le operazioni e riducendole a pochi secondi, determinati dal ritmo di avanzamento della linea di montaggio. Naturalmente, il funzionamento di questo modello – che rivoluzionava il modo di lavorare – era strettamente connesso a una disciplina rigorosa, assoluta. Tempi e metodi non potevano essere scalfiti dall'intervento umano. Il vantaggio era indiscutibile. La produttività cresceva a vista d'occhio. E il salario orario, secondo Taylor, poteva essere aumentato almeno della metà. Henry Ford, patriarca della dinastia, fece di più: raddoppiò il salario giornaliero portandolo a 5 dollari. I profitti crescevano, a loro volta, vertiginosamente. In America si prepararono gli anni del *boom* e della ricchezza crescente di un'*élite* che si rispecchiava nel "Grande Gatsby" di Fitzgerald. Fino a quando non venne la grande crisi del 1929.

2. *La teoria di Taylor e la pratica di Ford*

Ma non a tutti era piaciuta la nuova scienza del lavoro. La rivoluzione di Taylor parve così sconvolgente, che la Commissione Lavoro del Congresso

americano lo convocò, nel 1912, accusandolo di propagandare un metodo disumano di sfruttamento e abbruttimento delle masse lavoratrici. L'ingegnere Taylor eccepì che l'abbattimento dei costi favoriva l'aumento del potere d'acquisto, insieme alla riduzione dei prezzi e incentivava i consumi di massa a beneficio degli stessi lavoratori e dell'intera popolazione. La Commissione rimase dell'idea che si trattava di un'allarmante disumanizzazione del lavoro, e che occorresse porvi dei limiti.

Ma ormai il dado era tratto. Henry Ford – che aveva sviluppato il concetto di *parcellizzazione del lavoro* fino ai limiti estremi resi possibili dal movimento automatico della catena di montaggio – si avviava a comandare sulla più grande fabbrica del pianeta, diventando il più ricco imprenditore americano. Il nuovo paradigma dell'organizzazione del lavoro era stato fissato una volta per sempre. La grande massa dei nuovi *lavoratori senza qualità* – parafrasando Musil – e senza necessità di addestramento, era composta dagli immigrati dal Sud degli Stati Uniti d'America. Come in Italia dal Mezzogiorno. La disciplina militare delle nuove fabbriche era un dato di fatto. Potevi andartene (e molti non si presentavano il lunedì, dopo aver preso il salario di fine settimana), o dovevi adeguarti al ritmo delle macchine e alla cadenza della linea di montaggio. Non si poteva più giostrare sui tempi come poteva fare l'operaio di mestiere col cottimo. I ritmi del *lavoro in frammenti* (come più tardi lo definì Touraine) erano inesorabilmente predefiniti. (Detto tra parentesi, questo può oggi apparire un mondo finito per sempre, ma non è così. Il lavoro in *Amazon* ne è la rappresentazione odierna: con il controllo elettronico, al posto di quello meccanico, delle mansioni e dei tempi di esecuzione della prestazione lavorativa). Se qualcuno cominciava ad agitarsi, era normalmente licenziato. Ma il complesso apparato di sorveglianza della Ford aveva un sistema più sofisticato. Una serie di guardiani controllava il comportamento dei lavoratori più discoli (o supposti tali), e gli sgherri si presentavano nelle loro case per raccomandare alle mogli di badare alla condotta del marito, se non voleva che fosse licenziato. (Debbo confessare che questa parte, apparentemente aneddotica del racconto, s'insinuava nella mia mente ed entrava a far parte di una storia del moderno lavoro industriale di massa, che nel sindacato era rimasta oscura come l'altra faccia della luna). Il sindacato continuava a essere formato dai delegati degli operai di mestiere: quelli che ancora potevano applicare la loro intelligenza ed esperienza al controllo delle macchine, a guidarne il funzionamento, a ripararle, etc. L'AFL, la grande Confederazione americana del lavoro, aveva sempre rappresentato quella che

poteva definirsi l'*élite* operaia: di cui l'impresa non poteva fare a meno e le cui condizioni di lavoro e di salario doveva contrattare col sindacato.

Il resto, cioè la grande massa (neri, immigrati; lavoratori bianchi poveri; donne del settore tessile ecc.) era abbandonata a se stessa. D'altra parte, la disciplina taylorista-fordista impediva per definizione un intervento esterno sulle condizioni di lavoro. Il sindacato non contava sulla grande massa di operai comuni, e questi non contavano sul sindacato, ammesso che ne conoscessero l'esistenza. (L'esempio attuale è *Walmart*, la più grande catena di supermercati del pianeta, con oltre due milioni di dipendenti). La sovrapposizione fra *organizzazione scientifica del lavoro* e *strategia sindacale* era, a suo modo, perfetta. L'AFL alla fine degli anni Venti rappresentava solo tre milioni di lavoratori nel paese della rivoluzione industriale. Ford fece di più: impedì al sindacato di entrare nelle sue fabbriche, perfino durante il New Deal rooseveltiano. Nella seconda metà degli anni trenta era nato il CIO, il sindacato industriale, che però mise piede nelle sue fabbriche solo durante la II guerra mondiale, quando la Ford aveva le commesse di guerra, e stentava a reclutare maschi, impegnati dopo *Pearl Harbour* sui fronti di guerra. (Per inciso, non ho mai capito perché si è sempre detto che il fordismo era alla base delle conquiste sindacali, poi entrate in crisi col ...post-fordismo!)

Essendomi dedicato all'analisi della fondazione e degli sviluppi dell'organizzazione capitalistica del lavoro (di cui lo stesso Lenin si era dichiarato entusiasta agli albori della rivoluzione sovietica), arrivai alla conclusione che il sindacato – coscientemente o forse no (“il pensiero dominante è quello delle classi dominanti”) – aveva avallato la divisione scientifica del lavoro e contribuito a formalizzarla nell'ordinamento gerarchico delle qualifiche. Il sindacato stesso rispecchiava la divisione del lavoro. L'*élite* operaia era elevata alla direzione del sindacato – e indirettamente dei partiti socialdemocratici, come nel caso emblematico del *Labour Party* – mentre la grande massa dei lavoratori rimaneva, come avrebbe detto *Hirshman*, “senza voce”. Semplice, all'apparenza: bisognava scardinare il sistema rigido e chiuso delle qualifiche. Bisognava immaginare un processo dinamico della partecipazione al lavoro da parte delle grandi masse di lavoratori comuni come leva per agire e provare a scardinare l'organizzazione del lavoro taylorista-fordista. Un compito che non sfiorava il sindacato, impegnato piuttosto, quando ci riusciva (come in America, al tempo di *Walter Reuther*, grande leader del sindacato dell'auto), a vendere cara la pelle, imponendo forti limiti alla manipolazione aziendale dell'organizzazione del lavoro e, insieme, alti salari.

In Europa il sistema delle qualifiche era nei suoi fondamenti sacralizzato. Bisognava dissaccarlo: dimostrare che era complice della frantumazione della classe operaia. Alla *Renault*, ancora nel 1969, perfino l'operaio comune della catena di montaggio era stato diviso in venti posizioni. Ma era la *job evaluation*, nata in America, la più sofisticata, "scientifica" frammentazione della prestazione lavorativa, e dei lavoratori. Ma chi aveva avallato la *Job analysis* in Italia, se non proprio il sindacato? Chi aveva firmato, persino con un certo entusiasmo, il nuovo inquadramento alla *Finsider* se non Lama?

3. Come nacque l'inquadramento unico

Alla vigilia dell'autunno caldo, sono passato dall'Ufficio studi della CGIL alla FIOM con in mente molti dubbi – per non dire una forte avversione – circa il modo col quale il sindacato aveva tradizionalmente trattato il problema delle qualifiche. E così, all'inizio del 1970, mi capitò uno di quei casi che cambiano il corso...delle cose: mi fu affidato il settore siderurgico, nell'ambito del quale si doveva rinnovare l'accordo aziendale dell'*Italsider*. Mi dissero che non c'erano grandi problemi; bastava, come ogni anno, rinegoziare un buon premio di produzione. Si era appunto nel gennaio del 1970: io però – dopo le lotte studentesche del '68, il Vietnam, le lotte operaie in Francia col ritiro di de Gaulle, l'"autunno caldo" in Italia – ero convinto che si potesse cambiare il mondo. Perché non provare a cancellare il più sofisticato inquadramento professionale, la *Job evaluation*, espressione massima della tendenza alla frantumazione del lavoro e (come si chiamava allora) della classe lavoratrice? Presi tempo, per tre mesi girai i centri siderurgici, facendo riunioni che duravano intere notti con i delegati Fiom e via via unitariamente con Fim e Uilm. Chiedevo loro di spiegare alla lavagna l'organizzazione della produzione e del lavoro nel proprio centro siderurgico (Bagnoli, Taranto, Piombino, Genova). Organizzazione che io conoscevo solo teoricamente. Poi chiedevo perché gli operai erano divisi in 24 "classi" (con altrettanti parametri salariali) e in termini rigorosamente prefissati. Molte mie domande erano effettive: scoprivo i dettagli del processo produttivo delle più grandi e complesse fabbriche esistenti in Italia. Altre erano "socraticamente" retoriche. Perché una divisione così frantumata dei "posti di lavoro"? I singoli lavoratori non erano in grado di coprire la maggior parte di questi "posti": che, a conti fatti, erano posti (*jobs*) intercambiabili? Chi controllava

l'altoforno aveva certamente un'esperienza e una responsabilità particolari, da riconoscergli. Ma, insomma, due o tre "livelli d'inquadramento" potevano essere sufficienti a coprire il lavoro operaio. Per di più, potevano passare dall'uno all'altro livello sulla base dell'esperienza e dell'arricchimento della formazione. Poi la *job* prevedeva 14 posizioni per impiegati e tecnici, sovraordinate alle 24 operaie, e inoltre 10 posizioni per "categorie speciali" o quadri intermedi. Cinquanta posizioni: non erano troppe? Non costituivano una divisione per molti versi artificiale dei lavoratori.

A questo punto bisognava allargare la riflessione a interlocutori dei più alti livelli tecnici: quadri tecnici e ingegneri, che sapevano tutto del processo produttivo. Si trattava spesso di quadri conosciuti dalle maestranze per il loro impegno sindacale o anche politico. (Alcuni li conoscevo personalmente in quanto impegnati nel Partito Socialista d'Unità Proletaria, il *Psiup*, all'epoca discretamente presente nelle fabbriche). Per alcuni mesi i capi delegati della Fiom-Cgil presero l'abitudine di discutere fra di loro e unitariamente con quelli della Uilm e della Fim-CISL (questa era in maggioranza a Taranto, il più nuovo e più grande centro siderurgico d'Europa). Dopo tre o quattro mesi di riflessioni e dibattiti in ognuno dei centri siderurgici, eravamo pronti per presentare la piattaforma unitaria della FLM per il rinnovo dell'accordo aziendale. Con al centro non tanto il premio di produzione (che pure vi era compreso), quanto – nientemeno! – l'abolizione della *Job evaluation* e delle sue 50 classi, da ricondurre a sei livelli d'inquadramento: comprensivi di operai, impiegati e tecnici. In effetti, si trattava di una rivoluzione, non di un semplice aggiustamento dell'inquadramento professionale: una parte importante degli impiegati veniva collocata allo stesso livello, o addirittura al di sotto, degli operai. Alla direzione generale dell'Italsider di Genova, dove era concentrata la grande massa di impiegati, ci fu una rivolta. Non avrebbero mai accettato la piattaforma. Ma ormai il convoglio non poteva essere fermato. Quando chiesi di andare a presentare e difendere la piattaforma nella sede centrale, mi dissero che me l'avrebbero impedito. Io dissi al consiglio di fabbrica dell'Oscar Sinigaglia che ci sarei andato comunque. E alla data prevista trovai una sorpresa: alla porta del quartier generale dell'Italsider un gruppo di delegati aveva portato senza dirmelo un piccolo gregge di pecore, come simbolo della codarda sottomissione degli impiegati. Non mi facilitarono il compito! Ma, nonostante le urla degli impiegati incattiviti, riuscii a tenere l'assemblea (o qualcosa che gli assomigliava) nella grande sala mensa.

Poiché ai piani alti del sindacato nessuno s'era occupato della piatta-

forma, ci si meravigliava che ci volesse tanto tempo ad avviare il rinnovo di un accordo aziendale, al cui centro c'era, secondo la tradizione, il solo premio di produzione. Quando ai comitati esecutivi nazionali di Fiom-Fim-Uilm, ormai in procinto di formare l'FLM, illustrai la piattaforma, molti rimasero più o meno scettici. Si poteva capire l'abolizione della *Job*, ma per adottare il sistema tradizionale delle "paghe di posto" in vigore nelle acciaierie di Milano o Brescia. La storia di sei livelli – dove si "confondevano" operai qualificati e operai comuni, impiegati e tecnici – appariva una stravaganza. Per di più il gruppo dirigente comunista della Camera del Lavoro di Genova era già venuto a esporre la propria contrarietà alla segreteria nazionale della CGIL. Ma ormai la piattaforma era stata unitariamente approvata in una grande assemblea nazionale dei delegati *Italsider*.

Il negoziato durò fino a Natale e le ore di sciopero superarono quelle del precedente autunno caldo. Passavo intere notti con i delegati di fabbrica per studiare l'organizzazione degli scioperi nella forma articolata e "a scacchiera". Vale a dire: blocco del grosso del processo produttivo col fermo di un settore cardine alla volta, in modo da ridurre il costo degli scioperi, pur accrescendo la perdita della produzione. Al tempo stesso, bisognava avere la garanzia assoluta che lo sciopero non incidesse sull'integrità degli impianti: un errore poteva creare un disastro nella tenuta degli altiforni. Rendemmo più stringente l'"accordo sulla salvaguardia degli impianti". Ma ciò che contava era che il gruppo dirigente dei delegati si era pienamente impadronito della conoscenza del sistema operativo della fabbrica.

La dirigenza dell'*Italsider*, della *Finsider* e poi dell'IRI, fece di tutto per fermare la vertenza, ricorrendo alle Confederazioni e al Governo, presieduto da Emilio Colombo. Mi fu proposto (considerandomi l'anima nera della vertenza) di visitare, insieme a una delegazione della direzione, qualsiasi centro siderurgico – dall'Olanda al Giappone – per individuare il sistema di inquadramento più avanzato e trasporlo in Italia. Risposi, con una certa tracotanza (che all'epoca non mi mancava), che sapevo tutto quello che era necessario sapere; e che, se ne avessi avvertito la necessità, sarei andato a visitare quelle fabbriche con una delegazione operaia per conto delle Confederazioni. La vertenza fu chiusa, dopo molti mesi di lotta, tre giorni prima del Natale del 1970, con un inquadramento unico che riduceva le 50 classi della *Job evaluation* a otto livelli, con il primo iniziale sostanzialmente vuoto e il secondo di passaggio. Era un successo sul quale nessuno avrebbe scommesso. I dirigenti dalla CGIL (da Trentin a Lama) apprezzarono la conclusione che aveva por-

tato per la prima volta Fiom e CGIL nel cuore della siderurgia pubblica. In seguito vengo a studiare da altri paesi la novità della contrattazione nella siderurgia italiana.

Per me era tutta un'altra storia. All'epoca le utopie sembravano camminare sulle gambe degli uomini: se solo se ne avesse oggi l'audacia e la costanza! Mi convinsi che, se era stato smontato il più sofisticato sistema d'inquadramento, si poteva ripetere l'esempio a livello dell'intera categoria dei metalmeccanici. Non c'era molto tempo per introdurre l'inquadramento unico nella piattaforma dell'intera categoria dei metalmeccanici al rinnovo del contratto nazionale, in scadenza alla fine del 1972.

4. *Formazione e professionalità: "150 ore" e inquadramento unico*

Intanto i metalmeccanici aderenti alle tre Confederazioni si erano riuniti nella FLM. L'accordo con la FIM di Carniti e la UILM di Benvenuto era stato facilitato dal successo dell'Italsider e dai successi dell'autunno del 1969: quando la vertenza aveva avuto una forte tensione egualitaria (aumento salariale uguale per tutti). L'inquadramento unico conquistò il centro della piattaforma per il rinnovo del contratto nazionale del 1972. In realtà, non si trattò d'altro che della trasposizione – nella piattaforma dell'accordo per l'intera categoria – dell'accordo Italsider: otto livelli, comprendenti operai e impiegati. Con un'aggiunta destinata a sollecitare curiosità e interesse in un campo più vasto: la rivendicazione di "150 ore" (tetto massimo), pagate dalle imprese con l'impegno del lavoratore a dedicare alla formazione il doppio del tempo retribuito. La cosa sembrò priva di senso a Federmeccanica e Intersind, perché non era legata a uno specifico interesse di formazione e addestramento collegato al funzionamento dell'azienda. Il lavoratore infatti poteva scegliere senza vincoli il campo di arricchimento della propria formazione.

Nel corso della trattativa per il rinnovo del contratto nazionale dei metalmeccanici, il Direttore dell'Intersind Mortillaro, noto per la sua rigidità, mi chiese se un lavoratore potesse utilizzare questo tempo, parzialmente a carico dell'impresa, anche per imparare a suonare il clavicembalo. Ricordo che risposi con compiaciuta ironia che la questione era ben posta e mi aiutava a precisare il senso della rivendicazione. Era un esempio chiarificatore, perché la risposta era "sì". Il lavoratore avrebbe potuto chiedere di dedicare al clavi-

cembalo una quota di tempo retribuito. In ogni caso, lo scambio polemico contribuì a popolarizzare le 150 ore. Sulla rivista *Sapere* uscì un mio articolo, annunciato in copertina con un grande clavicembalo. In effetti, con la libertà di scelta del lavoratore, si voleva stabilire un principio generale. Concretamente, le domande (il numero delle ore collettivamente disponibile era di anno in anno parametrato sull'organico dell'azienda) erano filtrate dal Consiglio di fabbrica, per cui si doveva stabilire una griglia preferenziale nella valutazione delle domande con alcuni contenuti eventualmente considerati prioritari. Dal mio punto di vista, l'essenza dell'istituto delle 150 ore stava nell'averlo collegato, nell'ordinamento, col nuovo (rivoluzionario) assetto delle qualifiche. Siccome, nel nuovo ordinamento, era stabilito per contratto che la "professionalità" corrispondesse alla capacità di conoscere il processo produttivo e di intervenire su di esso, ogni lavoratore doveva avere il diritto di arricchire la sua conoscenza del processo e di intervenire per gli aspetti di sua competenza. Insomma, in linea di principio, le 150 ore erano strumentali alle dinamiche dell'inquadramento unico. Il che non escludeva l'intento dei lavoratori di arricchire *anche* altri loro interessi culturali (esemplificato appunto dal clavicembalo). Proprio perché nel nuovo istituto si rifletteva il principio egualitario di superare, in prospettiva, la rigida separazione fra *skilled* e *unskilled*. Tutti, indistintamente, potevano ambire a un più alto livello di formazione culturale a carattere generale assieme alla condizione di lavoro, in relazione al processo tecnico che ne caratterizzava la prestazione.

La vertenza su questo punto fu aspra. Ma, una volta conclusa con successo, il nuovo istituto conquistò grande popolarità. Molte Università organizzarono corsi *ad hoc*. Tanto nei Politecnici di Torino, Milano, Napoli – dove si mescolavano operai e tecnici interessati allo studio delle macchine e all'evoluzione delle tecnologie – quanto nelle Facoltà di Economia, Giurisprudenza e Lettere si tenevano "corsi delle 150 ore" (sulla composizione della busta-paga; sulla storia della contrattazione, sui principi costituzionali ecc.). Sorprendente era lo spirito innovativo, in un'atmosfera entusiastica: sia dei docenti, sia dei lavoratori. I quali per la prima volta entravano nei luoghi della cultura, distanti mille miglia dalla loro esperienza giovanile. Io fui dichiarato *padre delle 150 ore*, ma in realtà queste erano in un certo senso complementari alla rivoluzione dell'inquadramento unico. E, da un punto di vista politico, l'incontro tra operai e studenti in carne e ossa era un omaggio al '68. Un incontro vero, non solo evocato in una fantasiosa rivoluzione culturale alla cinese.

Intanto, la FLM aveva conquistato un posto di rilievo nel sindacalismo europeo, specie in Francia, dove si sottolineava la differenza tra CGT e CGIL e l'importanza del processo unitario in Italia. *Temps Modernes*, la rivista di Jean-Paul Sartre, nel 1971 aveva pubblicato un numero doppio sull'inquadramento unico, con un mio articolo intitolato *L'usine et l'école*, dove anticipavo il progetto formativo che avrebbe avvicinato la scuola alla fabbrica, gli operai agli studenti. Due soggetti che in Francia, nel maggio del '68, erano rimasti separati se non contrapposti (almeno all'inizio). Dal mio punto di vista, si trattava di inventare nuovi modelli contrattuali e ambire a nuove conquiste sociali, per superare simbolicamente la contrapposizione di principio fra *lavoro manuale* e *lavoro intellettuale*. E difatti, al 5° livello di inquadramento unico si potevano incontrare un operaio altamente specializzato (forse all'origine un immigrato calabrese con la 5^a elementare, essendo stata solo da poco introdotta la scuola unica dell'obbligo) e un ingegnere (uscito dal Politecnico di Napoli o Milano) all'inizio della carriera.

L'Usine et l'école fu ripubblicato in un libro collettaneo di André Gorz nel 1973, intitolato *Critique de la division du travail*. Gorz apparteneva, con Sartre, alla direzione di *Temps Modernes*. L'articolo fu tradotto in molte lingue: dall'inglese al tedesco, dallo spagnolo al portoghese e al serbocroato (!). Intanto, dopo il successo dell'inquadramento unico conquistato dalla FLM, il modello fu esteso a tutta l'industria e, negli anni successivi, ai servizi e persino al pubblico impiego. Pian piano, tutto diventò ordinaria amministrazione. Nessuno si occupò più della sua origine e della piccola "rivoluzione culturale" che ne era stata la base teorica e poi il terreno di un memorabile conflitto sindacale.

Io smisi di occuparmene. Sulle 150 ore uscirono saggi e libri, ma il riferimento all'inquadramento unico fu progressivamente smarrito. Delle sue origini si persero le tracce. Tra l'altro, tutti quelli che, a vario titolo – giovani ricercatori o anche storici del movimento sindacale – per andare alle origini della modifica dell'ordinamento professionale, erano soliti rivolgersi, in Lombardia, Emilia o Toscana, ai dirigenti sindacali comunisti, non trovavano spiegazioni particolarmente illuminanti. Anche perché essi sapevano poco o nulla su origine e intrecci tra una certa filosofia sociale e l'elaborazione delle piattaforme da cui era nato il cambiamento. Io non credo di averne più scritto, se non casualmente. Il Psiup si era sciolto nel '72, e la corrente sindacale si era dissolta col passaggio alla corrente comunista (che offriva posti di direzione e candidature parlamentari) o, in parte esigua, alla corrente socialista.

Io rischiavo di essere un “indipendente di sinistra” nel sindacato: una strana posizione, priva di senso in un’organizzazione basata sulla rappresentanza. Mi dedicai perciò alla costruzione della *Terza componente* della CGIL, insieme con i compagni di Napoli (all’Italsider di Bagnoli avevo un buon seguito), di Firenze e di Torino. Qui lavorava il più caro tra i miei compagni: Renato Lattes. Per me “inquadramento unico” e “150 ore” presto appartennero al passato. Ora bisognava pensare a costruire un futuro, che si annunciava incerto, ma che forse, proprio per questo, mi appassionava.

Key words

Taylorismo, inquadramento unico, categorie di lavoratori, contrattazione collettiva.

Taylorism, unitary job classification, categories of workers, Collective bargaining.

Carmen Amato

La recente legislazione francese sulle disparità salariali di genere. Prime riflessioni

Sommario: **1.** Il contesto. **2.** I contenuti. **3.** I dati delle aziende francesi sopra i 250 dipendenti. **4.** A mò di conclusione. Cosa accadrà nei prossimi mesi.

1. *Il contesto*

Che il tema delle disparità uomo-donna sia sentito in Francia da almeno un triennio è circostanza confermata, tra le altre, dal riconoscimento nel 2015 dell'Associazione denominata *Osez le féminisme* come di interesse generale¹ e dalla creazione nel marzo 2016 di altra Fondazione specificatamente dedicata al tema ovvero sia la *Fondation des Femmes*².

Quest'ultima, che gode del supporto di attori, cantanti ed in generale artisti celebri in Francia nonché dello stesso Comune di Parigi³, dispone di

¹ L'associazione era stata già creata nel novembre 2009 avendo come porta parola la giovane Caroline De Haas all'epoca militante di *Amnesty International* e dell'Unione nazionale degli studenti di Francia. Ad oggi esiste non solo in Francia ma anche in Belgio e Svizzera ed ha una rivista bimestrale scritta dagli aderenti che affronta tutte le questioni legate alla disegualianza uomo-donna non solo sotto il profilo della violenza ma anche, ad esempio, rispetto al ruolo delle religioni e dell'educazione. Nel 2014 *Osez le féminisme* si è dotata di circa 20 strutture locali per garantire una presenza capillare sul territorio.

² Trattasi della Fondazione più solida ed impegnata per i diritti delle donne con uno sportello anti-violenza e 5 gruppi di lavoro al suo interno rispettivamente su: discriminazioni, pubblicità sessiste; salute; violenza, protezione dei minori.

³ Il comune di Parigi ha infatti donato alla Fondazione una ex scuola accanto al Senato. L'edificio su più piani ha preso il nome di "*Cité de l'Égalité et des Droits des Femmes*" e ha uno sportello fisso di consulenza giuridico-legale per le donne vittime di violenza, di ingiurie o in generale di discriminazioni.

una rete di circa 200 avvocati (c.d. “*Force juridique*”) impegnata nella difesa delle donne a 360 gradi.

In virtù di una Convenzione siglata l’8 marzo 2018 con il Consiglio dell’ordine degli avvocati di Parigi, grazie alla Fondazione sono stati simbolicamente affrontanti nel 2018 e nel 2019 365 *dossiers* di donne vittime di discriminazioni gratuitamente.

Non solo ma la Fondazione si è impegnata anche e soprattutto sul tema oggetto di interesse ovverosia le disparità salariali fornendo, ai fini del loro riconoscimento, sia una guida (scaricabile dal sito) sia video esplicativi del fenomeno con brevi interviste rispettivamente ad un’avvocata in diritto sociale e penale⁴, ad una Direttrice Risorse Umane⁵, ad un’ispettrice del lavoro⁶ e ad una sindacalista della CGT⁷.

Inoltre sia la *Fondation des Femmes* che l’associazione *Osez le féminisme* hanno promosso nel 2018 e nel corrente anno l’iniziativa denominata “8 marzo ore 15:40, l’ora dei conti” per incitare allo sciopero quel 52% di donne cassiere, insegnanti, segretarie, assistenti sociali e amministrative, ecc. che guadagnando il 26% in meno dei colleghi maschi (tale è il divario salariale medio a livello UE) è come se prestassero di fatto la loro opera gratuitamente ogni giorno dalle 15:40 in poi.

Ancora per l’8 marzo del prossimo anno, il gruppo di lavoro sulle discriminazioni della *Fondation des Femmes* ha scelto di dedicare la giornata sempre al tema delle disparità salariali.

In particolare l’idea è di commentare i primi dati completi rispetto alla pubblicazione dell’Index di cui meglio si dirà nel prosieguo, visto che anche l’ultima *tranche* di aziende, ovverosia quelle tra i 50 e i 249 dipendenti, avrà calcolato e pubblicato i numeri avendo come termine ultimo legale il 1° marzo 2020.

⁴ Ci si riferisce all’avvocata AINCIART che sintetizza nel suo video il diritto anti-discriminatorio di genere e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue sul punto.

⁵ FRÉDÉRIQUE LANCSTREMER, direttrice risorse umane del Comune di Parigi si sofferma nel video sull’incidenza delle ore supplementari e delle indennità, ad esempio di trasferta, nella differenza tra salari e sull’importanza di negoziare bene la remunerazione al momento dell’assunzione.

⁶ KARINE GRANIER, ispettrice del Ministero del lavoro, spiega nella sua intervista cosa può fare l’ispettore del lavoro in caso di segnalazione individuale di una discriminazione salariale con garanzia dell’anonimato.

⁷ SOPHIE BINET incaricata dell’eguaglianza uomo-donna all’interno del sindacato Cgt precisa che il sindacato agisce non solo a livello negoziale ma anche con azioni in giudizio sia a supporto della singola persona sia in favore di un gruppo e quindi con azioni collettive autorizzate sulla materia in Francia a partire dal 2017.

Molto si parlerà della possibilità di azioni collettive per incentivare le donne a denunciare i loro minori stipendi, traendo forza dal gruppo.

Sotto questo profilo, si seguirà con attenzione la vicenda promossa dal sindacato CGT in rappresentanza di 8 dipendenti contro la loro Società ovvero la *Caisse d'Epargne*.

Il 4 giugno 2019, infatti, è stata recapitata alla sede legale della Banca succitata una lettera di messa in mora per le penalizzazioni ammontanti a circa 700 euro al mese subite dalle donne non solo sotto il profilo strettamente salariale ma anche della progressione di carriera.

Se nei prossimi 6 mesi ovvero entro la fine del mese di dicembre 2019 l'azienda non avrà redatto e negoziato un piano di rientro dalle disparità, il sindacato procederà giudizialmente.

Tutto ciò solo per dare un'idea del contesto sociale in cui si inserisce, nell'ambito di un più vasto progetto di riforma del lavoro, il nuovo capitolo II bis del titolo IV del codice del lavoro francese.

2. *I contenuti*

L'intervento chiave sul tema oggetto di esame è racchiuso all'interno della legge del 5 settembre 2018, n. 771 anche detta "legge per la libertà di scelta del proprio avvenire professionale" articoli da 104 a 107.

Con le norme succitate è stato modificato il codice del lavoro francese nel senso di inserire dopo il capitolo II del titolo IV del libro I, un capitolo II bis intitolato "misure per eliminare il divario retributivo tra donne e uomini nell'impresa".

In particolare, sono stati introdotti:

1) un obbligo *generale* per le aziende private, a prescindere dalle dimensioni, di tener conto della parità uomo-donna nel trattamento retributivo;

2) un obbligo *specifico* per le aziende dai 50 dipendenti in su di:

a) compilazione di un apposito "*Index*" di misurazione del differenziale salariale (con esito da pubblicare sul sito internet della Società e da comunicare ai sindacati oltre che alle amministrazioni competenti);

b) elaborazione di un piano societario (al massimo di durata triennale) di rimozione delle disparità (se presenti e rilevate mediante l'*Index* di cui al precedente punto).

Sull'obbligo *generale* interviene il nuovo articolo L. 1142-7 del *Code du*

Travail che così recita: “L’employeur prend en compte un objectif de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes”⁸.

L’obbligo *specifico* è contenuto nell’articolo seguente ovverosia l’art. L. 1142-8 che sancisce: “*Dans les entreprises d’au moins cinquante salariés, l’employeur publie chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en oeuvre pour les supprimer, selon des modalités et une méthodologie définies par décret*”⁹.

I datori di lavoro privati con almeno 50 dipendenti sono, quindi, tenuti a:

- 1) calcolare e pubblicare annualmente¹⁰ indicatori numerici relativi al *gender pay gap* nella loro impresa, secondo la metodologia definita in un apposito Decreto entrato in vigore il 1° gennaio 2019;
- 2) individuare la causa del differenziale retributivo se presente;
- 3) rimuovere la fonte che ha generato i differenti salari uomo-donna a parità di età, anzianità professionale e, ovviamente, mansione/livello di inquadramento ovverosia per lavoro di egual valore¹¹.

Come si anticipava, l’elemento più interessante della legislazione francese consiste nell’obbligo di calcolare, secondo rigidi parametri governativi, il punteggio in termini di disparità salariale e nel connesso onere di redazione, sotto pena di pesanti multe, di una programmazione annuale o pluriennale (max 3 anni) delle misure finanziarie di recupero.

Non solo ma viene tolto qualsiasi spazio alla discrezionalità aziendale nel momento in cui si introduce l’automatismo del recupero del differenziale sotto i 75 punti (su 100).

All’articolo L. 1142-9 del *Code du Travail* si precisa, infatti, che quando i risultati ottenuti dall’impresa rispetto agli indicatori menzionati al precedente articolo L. 1142-8 si situano sotto un livello minimo definito per decreto, la

⁸ A valle del medesimo articolo L. 1142-7 il legislatore francese precisa che la norma è in vigore dal 1 gennaio 2019 per le aziende con più di 250 dipendenti; mentre per le società da 50 dipendenti (e fino ad un massimo di 250 dipendenti) si applicherà a partire dal 1 gennaio 2020.

⁹ Rispetto all’entrata in vigore anche di questa disposizione legislativa vale quanto scritto nell’antecedente nota.

¹⁰ Da quando far partire l’anno sarà la stessa azienda a deciderlo.

¹¹ Il Ministero del Lavoro francese, nella guida sull’eguaglianza salariale uomo-donna, scaricabile dal sito istituzionale, chiarisce che per lavoro di egual valore si intende un lavoro con un insieme comparabile di conoscenze professionali o capacità. Le conoscenze possono essere validate da un titolo, un diploma o una pratica professionale. Le capacità concernono l’esperienza acquisita, le responsabilità, la pressione psichica legate a un posto di lavoro.

negoziante sull'uguaglianza professionale già prevista al comma 2 dell'articolo L. 2242-1 va fatta anche sulle misure adeguate e pertinenti di correzione accanto ad una programmazione specifica annuale o pluriennale delle misure finanziarie di recupero salariale.

Le suddette misure di *rattrapage salarial* vanno concordate con i delegati sindacali aziendali e, solo in caso di impossibilità, sono definite in via unilaterale dal datore.

La decisione sulla programmazione va, poi, depositata presso l'autorità amministrativa competente.

A precisare che il periodo massimo a disposizione del datore per mettersi in conformità è di 3 anni è poi la norma seguente ovvero l'articolo L. 1142-10.

Il dispositivo in esame chiarisce che, spirato il termine massimo dei 3 anni, se l'azienda continua ad avere un punteggio al di sotto del livello minimo definito per decreto si applicheranno automaticamente le penalità finanziarie fino all'1% del fatturato societario.

L'importo esatto della multa sarà fissato alle condizioni stabilite dal Decreto attuativo della legge n. 771/2018 (introduttiva degli artt. L. 1142-7; L. 1142-8; L. 1142-9; L. 1142-10 del codice del lavoro francese).

Tale Decreto attuativo – dell'8 gennaio 2019 – definisce, in generale, tutti gli aspetti pragmatici legati all'attuazione dell'obbligo di calcolo delle disparità salariali, come di seguito riassunti.

- In primo luogo, in esso si precisano i tempi di attuazione inizialmente diversi a seconda della dimensione aziendale (nonostante l'entrata in vigore della legge dal 1° gennaio 2019).

L'obbligo di pubblicazione del punteggio andava, cioè, osservato entro il primo marzo 2019 per le aziende sopra i 1000 dipendenti ed entro il primo settembre 2019 per le aziende con più di 250 e meno di mille dipendenti. Lo stesso, invece, sarà ancora da applicare entro il primo marzo 2020 per le aziende sopra i 50 ma sotto i 250 lavoratori, alle quali è stato, quindi, concesso un maggior tempo di adeguamento.

A regime, l'*Index* dovrà essere pubblicato sul sito internet di ciascuna impresa e comunicato al sindacato ogni anno entro il primo marzo (per l'anno precedente)¹². La mancata pubblicazione equivarrà ad un inadempimento che farà scattare sanzioni pecuniarie.

¹² L'*index* pubblicato dalle aziende sui loro rispettivi siti sarà ripreso anche dal Ministero del Lavoro e pubblicato sul suo sito istituzionale.

- In secondo luogo, si chiarisce che i dipendenti da prendere in considerazione ai fini della comparazione retributiva sono quelli in forza nell'anno (così come liberamente individuato dall'azienda nel suo punto di partenza), esclusi gli apprendisti, i lavoratori in somministrazione, i collaboratori - professionisti autonomi e i dipendenti distaccati all'estero per un periodo che va oltre la metà del riferimento annuo.

- In terzo luogo, le caratteristiche che rendono comparabili lavoratori e lavoratrici sono individuate in: - età; - categoria professionale (operai, impiegati, quadri, dirigenti); - livello di inquadramento.

- In quarto luogo, il Decreto definisce i criteri per calcolare la percentuale del divario retributivo.

In primis, l'azienda deve dividere i suoi dipendenti in gruppi omogenei in base a:

- 4 fasce d'età: - under 30; - da 30 a 39 anni; - da 40 a 49 anni; - 50 anni e oltre;

- 4 categorie socio-professionali: - operai; - impiegati; - quadri; - dirigenti;

- i livelli gerarchici come da settore merceologico di appartenenza e relativo contratto nazionale.

In subordine, vanno presi in considerazione solo gruppi con almeno 3 uomini e 3 donne.

Infine, il divario retributivo va calcolato in termini percentuali per ciascuno dei gruppi, comparando il guadagno medio delle donne a quello degli uomini.

I differenziali emersi saranno, poi, da comparare con le soglie di rilevanza date dallo stesso Decreto e da moltiplicare per il rapporto tra dimensione del gruppo e numero totale dei dipendenti.

Il risultato che si otterrà rappresenterà il valore complessivo del divario retributivo aziendale, arrotondato al primo decimale.

A questo primo indicatore strettamente legato alle retribuzioni, se ne aggiungono altri tre per le aziende da 50 a 250 dipendenti, ovvero:

a. I differenziali negli aumenti *ad personam* tra uomini e donne.

b. La percentuale di dipendenti che hanno ricevuto un aumento nell'anno successivo al rientro dal congedo di maternità.

c. Il numero dei dipendenti del sesso sottorappresentato presenti tra i 10 che nell'anno hanno percepito gli stipendi più alti.

Le aziende con più di 250 dipendenti avranno un ulteriore indicatore consistente *nello scarto nei tassi di promozione tra donne e uomini*.

La somma matematica dei punti ottenuti all'esito del calcolo dei singoli indicatori darà un punteggio finale massimo pari a 100.

Nel dettaglio, per dare meglio un'idea, relativamente a ciascun parametro si ha che:

- lo scarto delle retribuzioni *vale 40 punti massimi* se uguale allo 0%, 39 punti se superiore allo 0% ma inferiore o uguale all'1%, 38 punti se superiore all'1% ma inferiore al 2% e così via fino agli zero punti dell'azienda che ha un differenziale retributivo superiore al 20%;

- il differenziale negli aumenti individuali e nelle promozioni *vale 35 punti massimi* se inferiore o uguale al 2%; 25 punti se superiore al 2% ma inferiore o uguale al 5%; 15 punti se superiore al 5% ma inferiore al 10% e zero punti se superiore al 10%;

- la percentuale di dipendenti che hanno ricevuto un aumento nell'anno successivo al rientro dalla maternità *vale 0 15 punti se il risultato ottenuto è pari al 100% dei dipendenti oppure direttamente zero punti se non lo è* (il che equivale a dire che qui non ci sono soglie di tolleranza).

- Infine, il numero di dipendenti del sesso sottorappresentato presenti tra i 10 più pagati *vale 10 punti massimi* se ce ne sono dai 4 ai 5, 5 punti se 2 o 3 dipendenti donne sono tra i 10 maggiormente retribuiti e zero punti se non vi sono donne o ve n'è una sola.

Per le aziende sopra i 250 dipendenti (che hanno in più l'indicatore delle differenze nelle promozioni) i punteggi sono riparametrati in maniera tale che il massimo nella somma dia comunque 100.

Il punteggio minimo tollerato dalla legge è invece pari a 75/100.

Tutto quanto sotto i 75 punti è discriminazione che fa scattare l'obbligo di negoziazione di un piano di rientro con le connesse multe in caso di inadempimento.

L'Ispettorato del lavoro sarà tenuto ad avvisare la Direzione Regionale territorialmente competente della situazione di inadempienza aziendale rispetto al piano di cui sopra. L'inadempienza non va necessariamente dimostrata ma si presume avvenuta se la società ha continuato a essere sotto i 75 punti ancora nei tre anni successivi.

Dal suo canto, l'amministrazione potrà concedere eccezionalmente un altro anno di tempo di adeguamento (oltre i 3 massimi consentiti dalla legge) solo quando: 1) sono sopraggiunte gravi difficoltà economiche della Società; 2) vi è una crisi d'impresa accertata e comprovata.

Un sistema così dettagliato di rilevazione ed emersione delle situazioni

di disparità salariale uomo-donna appare convincente nella sua ideazione, specie perché sostenuto da un impianto sanzionatorio forte.

L'unica critica che potrebbe essere mossa è nella mancanza di un approccio proattivo volto a valorizzare quelle imprese che volontariamente si impegnano con certificazioni di genere o *best practice*.

3. I dati delle aziende francesi sopra i 250 dipendenti

Al momento in cui si scrive sono stati già diffusi dal Ministero del Lavoro francese e ripresi da alcune celebri testate di giornali¹³ i dati delle aziende: a) sopra i 1000 dipendenti e b) tra i 999 e i 250 dipendenti.

a) Secondo il c.d. *Dossier de Presse* diffuso il 17 settembre 2019 dal Ministero del lavoro, in Francia sono 1.240 le aziende sopra i mille dipendenti. Di esse il 99% ha assolto all'obbligo di calcolo entro il primo marzo 2019 riportando in media un punteggio di 83/100.

Tuttavia, il dato allarmante è che il 18% circa dei grandi gruppi è fuori legge avendo un punteggio sotto i 75/100 e, quindi, comportante l'obbligo di redazione e negoziazione di un piano di rientro.

Inoltre, sempre dalle comunicazioni ministeriali, è emerso che circa 1 grande gruppo su 3 non rispetta l'obbligo di aumentare i salari delle donne al rientro dal congedo di maternità quando i colleghi occupanti lo stesso posto di lavoro hanno ricevuto l'incremento.

Infine, solo il 50% delle grandi Società ha almeno una donna tra i 10 meglio pagati (a conferma di una segregazione non solo orizzontale ma anche verticale).

Esiste, quindi, una situazione che la stessa Ministra del Lavoro Muriel Pénicaud ha definito di "allerta rossa" e rispetto alla quale ha dichiarato di voler aumentare il numero di controlli e ispezioni.

Grazie alla stampa¹⁴ abbiamo i nomi dei grandi gruppi sotto i 75 punti.

Trattasi, in particolare, delle holdings: - *Alten Sir*, - *Arcelor*; - *Aubert et*

¹³ Ci si riferisce ad un articolo del quotidiano *Le Parisien* del 5 settembre 2019 redatto da BÉRANGÈRE LEPETIT e ad altro articolo del quotidiano *Le Figaro* del 4 marzo 2019 nonché al focus del magazine *on line Capital avec Management* del 17/09/2019.

¹⁴ Ed in particolare grazie ad un articolo pubblicato sul sito web della radio *France Inter* il 6 marzo 2019.

Dual; - *Ausy Groupe*; - *Bolloré Logistics*; - *Caisse d'Epargne Bretagne et Pays de la Loire*; - *Cea*; - *Cgi*; - *Crédit Agricole Val de France*; - *Darty Paris Ile de France*; - *Ernst&Young et Associés*; - *Faurecia Sièges d'Automobile*; - *Fnac Darty Participations et Services*; - *Framatome*; - *Grdf*; - *Hager*; - *Ikea*; - *Mazars*; - *Radio France*; - *Thales Services Sas*; - *Ues Bolloré*; - *Ugitech*.

Tra i nomi di banche (vedasi la *Caisse d'Epargne*) ed industrie di automobili, sorprende ritrovare nella lista nera l'*Ikea* e la *Radio France* non foss'altro che per il loro impegno pubblicitario pro lavoratrice e pro famiglia.

b) Quanto alle medio-grandi imprese per tali intendendosi quelle tra i 250 e i 999 dipendenti, si è registrata la seguente situazione.

Al primo settembre 2019 (data di termine di consegna dei loro punteggi) solo il 68% aveva rispettato la scadenza e il 16% è risultato essere sotto i 75 punti.

In particolare, in Francia le aziende tra i 250 e i 999 dipendenti sono 5.200. Di esse 1 su 5 non rispetta l'obbligo di dare un aumento alle donne rientranti dalla maternità quando gli uomini nello stesso posto l'hanno avuto. Inoltre, solo il 40% ha almeno una donna tra i 10 meglio stipendiati.

La nota media ottenuta da questa fascia imprenditoriale è stata di 82/100.

Di esse non abbiamo la *black list* ma il Ministero del Lavoro ha, al contrario, pubblicato i nomi delle migliori realtà tra cui figurano soprattutto associazioni come *l'Association d'aide aux infirmes moteurs cérébraux du nord et de l'est* (99/100); *l'Association Père le Bideau* (99/100) e *l'Association Le clos du nide de l'oise* (99/100) e centri di cura e riabilitazione come, ad esempio, *l'Union de gestion des caisses d'assurance maladie Rhone Alpes* (99/100), *le Pole santé Leonard de Vinci* (99/100), *l'Hôpital privé de Bois Bernard* (99/100), *la Sécurité Social Caf* (99/100), *l'Oeuvre de secours aux enfants* (99/100).

Nel complesso almeno 800 aziende di medio-grandi dimensioni sono risultate essere fuori legge.

Conseguentemente, il Ministero del Lavoro francese prevede circa 7.000 controlli l'anno.

Sempre da dati ministeriali, sembrerebbe che ci siano già state circa 4.200 ispezioni nel corso del primo semestre del 2019.

Le visite ispettive avrebbero avuto l'effetto di un aumento di circa 3 punti percentuali del numero di accordi aziendali sull'eguaglianza professionale (ora stimati al 30% circa sul complesso delle realtà aventi i requisiti legali per la negoziazione).

Al settembre 2019, infine, 18 imprese di più di 1000 dipendenti sono state messe in mora.

4. *A mò di conclusione. Cosa accadrà nei prossimi mesi*

Rispetto al quadro descritto nel paragrafo precedente manca un pezzo, ovvero gli adempimenti futuri a carico delle imprese di più piccole dimensioni (tra i 50 e i 249 dipendenti).

Per legge, infatti, esse hanno ottenuto un maggior lasso temporale di adeguamento alle nuove norme e, pertanto, saranno tenute a calcolare e pubblicare il loro *Index* entro il 1° marzo 2020.

Cosa succede nel frattempo.

Per agevolare la conoscenza della normativa, il Ministero del lavoro ha, anzitutto, diffuso una guida scaricabile dal sito.

Inoltre, nel *dossier de presse* del settembre 2019 la Ministra fissa due scadenze:

- *novembre 2019*: come mese durante il quale saranno organizzati degli *atelier* collettivi conoscitivi dei nuovi obblighi legali;

- *gennaio 2020*: per l'apertura di uno sportello telefonico dedicato.

Sempre a supporto delle imprese medio-piccole viene creata la figura dei cosiddetti “ambasciatori per l'eguaglianza professionale” incaricati di raccontare in seminari sparsi per la Francia le loro esperienze da titolari aziendali in termini di *best practice*.

Ovviamente ad assistere le aziende nel calcolo potranno esserci i referenti ministeriali sui territori.

In qualche maniera si mostra una maggior clemenza nei confronti di questa tipologia di destinatari perché si ammette la possibilità di dare un anno in più di adeguamento (oltre i 3 massimi consentiti) alle piccole imprese nelle quali i margini di manovra di *budget* sono oggettivamente limitati.

In ogni caso, per queste aziende sarà solo a partire dal 1° marzo 2023 che scatteranno le sanzioni fino all'1% del fatturato globale, laddove per le imprese di più di 250 dipendenti le penalità potranno essere applicate già a partire dal 1° marzo 2022.

Resta, quindi, da attendere la fine del prossimo mese di marzo per avere il quadro completo e soprattutto per iniziare a seguire il “post redazione dei piani di rientro”.

Tanto al fine di valutare il successo nella pratica di questo nuovo sistema la cui innovazione, secondo il Primo Ministro Édouard Philippe, è nel passaggio “da un’obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultato”¹⁵.

¹⁵ Come da dichiarazione riportata nella guida dal titolo “*Index de l’égalité femmes-hommes*” pubblicata nel novembre 2018 dal Ministero del Lavoro francese.

Key words

Diritto antidiscriminatorio, disparità salariali uomo-donna, Francia.

Antidiscrimination Law, Gender pay inequalities, France.

Federica Saulino

Note a margine del convegno su
“La contrattazione collettiva in Europa:
una prospettiva trasversale”, CNEL 18 luglio 2019

Sommario: 1. Premessa. 2. Sulle ragioni della comparazione. 3. La contrattazione collettiva nel quadro della normativa europea. 4. I sistemi nazionali di contrattazione collettiva sotto il peso della crisi economica. 5. Alcune osservazioni sul caso italiano. 6. Il decentramento contrattuale: una falsa tendenza? 7. Conclusioni. La resilienza dei sistemi di relazioni industriali.

I. *Premessa*

Il 18 luglio 2019 è stato presentato presso la sede del CNEL il volume dal titolo “*La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*”, relativo alla ricerca sulla contrattazione collettiva in Europa in chiave comparata, condotta da un gruppo di studiosi di livello internazionale e coordinata da Jesús Cruz Villalón (Università di Siviglia)¹.

La ricerca, commissionata dalla *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* spagnola² all’inizio del 2017, si è conclusa nei primi mesi

¹ Il volume, integralmente scaricabile dal sito *web* del *Ministerio de Trabajo, Migraciones Y Seguridad Social* spagnolo, è stato curato da EDOARDO ALES, JAVIER CALVO GALLEG0, PIERRE-HENRI CIALTI, MICHAEL DOHERTY, RAFAEL GÓMEZ GORDILLO, FAUSTA GUARRIELLO, LUKASZ PISARCZYK, MARIA DO ROSARIO, PALMA RAMALHO, RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS, PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS.

² La *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos* spagnola è un organo a formazione tripartita, composto dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali, dalle rappresentanze delle associazioni imprenditoriali e dall’Amministrazione centrale dello Stato. Tra le sue funzioni, la Commissione svolge anche quella di Osservatorio della negoziazione collettiva, portando avanti studi, analisi e diffusione dei dati sul fenomeno.

del 2019 e ha visto coinvolti tra i Paesi europei (anche non appartenenti alla Unione Europea), quelli i cui sistemi di relazioni industriali si considerano più influenti sulla struttura economica nazionale e quelli che per l'alto tasso di popolazione risultano più incisivi rispetto al processo normativo della UE. Questi sono la Germania, l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Spagna, il Portogallo, la Francia, la Grecia, l'Irlanda, l'Italia, la Norvegia (che fa parte dell'EFTA e del SEE), la Polonia, il Portogallo, l'Inghilterra, la Svezia.

Sotto il profilo metodologico, la ricerca è partita dalla somministrazione di un questionario ai soggetti protagonisti del sistema di contrattazione collettiva di ciascun Paese, indagando su molteplici aspetti, quali sono: la collocazione del contratto collettivo nella gerarchia delle fonti; la sua relazione con la legge e con il contratto individuale di lavoro; la struttura della contrattazione collettiva; il tasso di copertura contrattuale rispetto alla popolazione dei lavoratori dipendenti; le modalità di contrattazione; i soggetti della contrattazione e la loro legittimazione; i profili formali e sostanziali del contratto collettivo; l'efficacia del contratto collettivo; la sua vigenza e l'ultrattività; il sistema di amministrazione e interpretazione del contratto collettivo.

L'indagine sul campo ha favorito una comparazione di taglio operativo, particolarmente apprezzata al tavolo del convegno, che ha saputo evidenziare – ha dichiarato Lorenzo Zoppoli (Università Federico II di Napoli) – la presenza di una “commistione tra teorie e pratiche del quadro normativo alquanto complicata”. La ricerca, infatti, ha messo in luce la dialettica tra teoria e pratica, evidenziando quanto e fino a che punto gli interventi legislativi di riforma impattano sulla realtà.

L'elaborazione dei dati così raccolti è avvenuta attraverso un'analisi trasversale su ciascuno degli elementi di indagine, grazie alla quale è stato possibile ritrovare alcuni punti di convergenza tra i vari Paesi esaminati, nonostante, come ha spiegato Jesús Cruz Villalón, i sistemi nazionali si presentino nel complesso ognuno diverso dall'altro.

Le differenze derivano dalla varietà dei contesti politici ed economici e dalle singole tradizioni storiche e culturali dei Paesi esaminati; queste si riverberano non soltanto all'interno dello spazio normativo, ma anche nella pratica dei negoziati. Tuttavia, sulla base di alcuni parallelismi, il gruppo di ricerca ha potuto costituire dei gruppi tra Paesi, creando dei modelli.

Rinviando al testo della ricerca gli approfondimenti sugli aspetti statici e dinamici della contrattazione collettiva nei vari Stati, di seguito, si riportano

alcune note del dibattito avvenuto nella sede del CNEL sugli argomenti che hanno destato maggior interesse tra gli invitati³.

2. *Sulle ragioni della comparazione*

Tra i primi argomenti, è stato affrontato quello della funzione degli studi comparatistici. Questi sono stati considerati, specie in tema di contrattazione collettiva, molto importanti e di grande interesse non solo per gli analisti, ma anche per le parti sociali e i *policy maker*, dal momento che, come ha detto Salvo Leonardi⁴ (Fondazione Di Vittorio), “più paesi sono uniti da un unico quadro normativo, che è quello della UE, e tutti sono esposti agli effetti della globalizzazione; pertanto, essendo le sfide globali, altrettanto devono apparire le capacità di affrontarle”.

Ha affermato Leonardi che l’analisi comparatistica è propedeutica alla funzione di trasferibilità dei modelli, il cd. *legal transplant*. Questo aspetto è fondamentale, “perché ci salva da quelle traslazioni ideologiche, in virtù delle quali si amputa un modello per trasferirne una sua parte in un altro ordinamento, senza poi produrre gli effetti sperati, come è accaduto, ad esempio, per la *flexisecurity* danese”. Tuttavia, riprendendo la lezione di Otto Kahn-Freund, è stato sottolineato quanto fosse difficile nelle relazioni sindacali il *legal transplant*, considerato che i sistemi sindacali nei vari paesi mantengono i loro assetti tradizionali forgiatisi negli anni Trenta.

Lorenzo Zoppoli ha, poi, aggiunto che “le ragioni pratiche che sono alla base della comparazione riguardano non solo la politica del diritto, ma anche una necessaria competizione tra ordinamenti di carattere socio-economico”, e la ricerca condotta da Jesús Cruz Villalón ha avuto il merito di non nascondere queste ultime ragioni, anzi le ha poste in primo piano.

³ Tra gli invitati al tavolo del CNEL, presieduto da TIZIANO TREU, sono intervenuti CRISTINA ALESSI (Università di Brescia), SALVO LEONARDI (Fondazione Di Vittorio), LORENZO ZOPPOLI (Università di Napoli Federico II), MANOLA CAVALLINI (CNEL-CGIL), STEFANO FRANCHI (Federmeccanica), CLAUDIO STANZANI (Sindnova). Presenti anche, tra gli autori del volume, EDOARDO ALES (Università di Napoli Parthenope), FAUSTA GUARRIELLO (Università G. D’Annunzio Chieti - Pescara), JESÚS CRUZ VILLALÓN (Università di Siviglia) Presidente della *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*.

⁴ Cfr. la ricerca comparata curata da LEONARDI, PEDERSINI, *Multiemployer bargaining under pressure. Decentralization trends in five European Countries*, ETUI, 2018.

Claudio Stanzani, riportando la propria esperienza professionale di presidente di *Sindnova*, ha evidenziato quanto il metodo comparativo sia funzionale anche per trovare una forma di “standardizzazione” (*rectius* armonizzazione) delle regole, all’interno di contesti come quelli delle multinazionali, le quali hanno interesse ad applicare una disciplina dei rapporti di lavoro uniforme in tutti gli Stati in cui operano. Tale esigenza sussiste non tanto sul piano salariale, dove le differenze esistono e vengono accettate dalle imprese – ha spiegato Stanzani – quanto su quello connesso a una serie di istituti regolativi del rapporto di lavoro, quali la gestione dei tempi di vita-lavoro, le nuove modalità di esecuzione della prestazione, la qualità del lavoro, il *welfare*. In questo si ravvisa, secondo il presidente di *Sindnova*, la vera sfida di oggi del metodo comparativo.

3. *La contrattazione collettiva nel quadro della normativa europea*

La negoziazione collettiva, come noto, non rientra tra le materie oggetto del programma di armonizzazione dell’Unione Europea. L’art. 153 TFUE, infatti, prevede che in tema di informazione e consultazione dei lavoratori (di cui alla lett. *e*, par. 1), di rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché di cogestione (di cui alla lett. *f*, par. 1), la UE intervenga al solo fine di sostenere e completare l’azione degli Stati membri, escludendo “qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”. Le materie del diritto di associazione, di sciopero e di serrata sono, persino, escluse da ogni competenza dell’Unione (par. 5, art. 153, TFUE), mostrando, così, di non voler intaccare l’eterogeneità dei singoli sistemi nazionali di relazioni industriali.

A questo si aggiunge la previsione della procedura legislativa speciale all’unanimità per l’adozione degli atti normativi concernenti la rappresentanza collettiva (par. 2, art. 153, TFUE), che, di fatto, rende molto più difficile il processo di normazione in tale ambito.

Di conseguenza, non si è avuto alcun intervento di impatto (*hard law*) della normativa europea sulla contrattazione collettiva.

Nonostante questi presupposti, ha sottolineato Jesús Cruz Villalón, ci sono stati alcuni importanti condizionamenti da parte del diritto dell’Unione Europea sul diritto di negoziazione collettiva.

Si tratta di interventi normativi concernenti altri campi della politica

sociale dell’Unione, che hanno avuto un riflesso sulla contrattazione collettiva.

Il riferimento è, innanzitutto, alle direttive sui diritti di informazione e di consultazione⁵, i quali – ha ricordato al convegno Cristina Alessi (Università di Brescia) – sono stati riconosciuti in capo alle rappresentanze dei lavoratori in vicende particolari dell’impresa, quali il trasferimento d’azienda, i licenziamenti collettivi, ma anche nelle fusioni e in occasione delle offerte pubbliche di acquisto⁶. La stessa ha, poi, citato la previsione di cui al par. 1 *bis*, introdotto all’art. 1 della direttiva 96/71/CE, dalla direttiva UE 2018/957 in materia di distacco, considerandola un passo importante verso il riconoscimento del diritto di negoziazione collettiva da parte del legislatore europeo. Questa stabilisce che la normativa europea non pregiudica l’esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello dell’Unione, ivi compresi il diritto di sciopero o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, né pregiudica il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi. Tale norma, oltre ad essere diretta al tentativo di riorientare la giurisprudenza europea formatasi con le note sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione Europea c/Lussemburgo*, rappresenta un esempio di implementazione del diritto di negoziazione collettiva ad opera del diritto derivato.

Il diritto di negoziazione e di azioni collettive è, invece, sancito espressamente dall’art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza). Tuttavia, si tratta di una previsione ad efficacia limitata, sia perché la Carta non amplia l’ambito di competenza delle istituzioni europee in questo campo, sia perché, come ha rappresentato Cristina Alessi, incontra un ostacolo nell’orientamento della Corte di Giustizia, secondo il quale i diritti riconosciuti dalla Carta producono effetti solo ove vi sia una

⁵ In queste materie, a differenza di quelle elencate alla lett. *f*, par. 1, art. 153 TFUE, è sufficiente una delibera a maggioranza.

⁶ Si tratta della direttiva 75/129/CEE sui licenziamenti collettivi, quale modificata dalle direttive 92/56/CEE e 98/59/CE; la direttiva 2001/23/CE sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese; la direttiva 2002/14/CE sull’informazione e la consultazione dei lavoratori; la direttiva 94/45/CE, modificata dalla direttiva 2009/38/CE, riguardante l’istituzione dei CAE; la direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto; la direttiva 2011/35 relativa alle fusioni delle società per azioni; le direttive 2001/86/CE e 2003/72/CE sullo statuto della società europea, per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; la direttiva UE 2017/1132 che si applica alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

disciplina europea di attuazione, ossia attraverso una direttiva o altro atto giuridicamente vincolante. Siffatto orientamento – ha spiegato Alessi – rischia di condannare all’ineffettività tutte le norme della Carta medesima, soprattutto laddove la UE non abbia esercitato, o almeno non del tutto, le sue competenze⁷.

L’intervento del diritto derivato è, dunque, fondamentale ai fini dell’integrazione all’interno degli ordinamenti nazionali del diritto di negoziazione collettiva riconosciuto dalla Carta. Un’occasione per poter agire in tal senso è stata rinvenuta nell’art. 14 della direttiva UE 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea, il quale prevede la possibilità per gli Stati membri di consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, concludere e applicare contratti collettivi che stabiliscano prescrizioni minime di condizioni di lavoro differenti da quelle contenute nella direttiva, nel rispetto della protezione generale dei lavoratori. La norma, seppur dettata dall’intento di rispettare l’autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro⁸, è stata giudicata da Jesús Cruz Villalón una previsione molto povera, che nulla mette in campo di quanto dichiarato dall’art. 28 della Carta.

Un altro condizionamento subito dalla contrattazione collettiva ad opera dell’intervento del diritto derivato dell’Unione, secondo i dati illustrati da Villalón, sarebbe quello di provocare, attraverso il vincolo di attuazione, una certa confluenza dei modelli nazionali di relazioni industriali verso alcune caratteristiche strutturali comuni. La ricerca ha considerato un esempio paradigmatico ciò che è accaduto nei Paesi del Nord Europa (Svezia, Danimarca), caratterizzati da un forte grado di autonomia della contrattazione collettiva nella regolamentazione dei rapporti di lavoro. I loro sistemi sarebbero stati influenzati dall’apparizione dei cc.dd. *standard* statali, frutto del recepimento di alcune direttive europee in materia di politica sociale, ai quali i contratti collettivi si sono adeguati. In questi Paesi (specialmente in Danimarca dove la norma statale era quasi inesistente nel panorama delle relazioni industriali) è stata, così, avvertita una maggiore presenza della norma eteronoma all’interno del sistema di contrattazione, attraverso la quale si è data

⁷ Sull’argomento, v. ZERMAN, *La libertà di riunione e di associazione*, in GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, 2013, p. 796; AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2017. CARINCI, PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 33.

⁸ V. *Considerando* (38) della direttiva UE 2019/1152.

attuazione alla normativa europea, con un meccanismo di trasposizione misto⁹.

Ha ricordato ancora Villalón che, sulla base delle tradizioni giuridiche di tutti gli Stati membri, il diritto di contrattazione collettiva è stato riconosciuto più volte dai giudici di Lussemburgo, con la consapevolezza che la contrattazione collettiva non rientra tra i divieti volti a garantire il diritto alla libera concorrenza commerciale. Allo stesso tempo, però, gli stessi giudici hanno ammesso alcune limitazioni al diritto di contrattazione collettiva, laddove l'accordo superasse il suo scopo essenziale. Il riferimento è al “famoso quartetto di sentenze”, citato da Cristina Alessi, nelle quali è stato affrontato il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali.

In ultima analisi, estendendo l'ambito a livello mondiale, Lorenzo Zoppoli ha riportato la grande differenza, sotto il profilo dell'applicazione del diritto internazionale, tra l'Europa e le altre potenze mondiali, come la Cina e gli USA, queste ultime meno virtuose rispetto alla prima. Tuttavia, tra le norme di rango internazionale, la Convenzione OIL n. 154/81 non sembra essere stata sufficientemente valorizzata neanche a livello europeo, in particolare – ha ricordato Lorenzo Zoppoli – per ciò che riguarda la regolamentazione del rapporto tra rappresentanze aziendali e sindacati rappresentativi a livello nazionale. Per questo motivo, è stato segnalato un rischio di marginalizzazione dei sindacati più rappresentativi nell'ambito della rappresentatività di impresa¹⁰.

4. *I sistemi nazionali di contrattazione collettiva sotto il peso della crisi economica*

Al CNEL si è molto discusso degli effetti sui sistemi nazionali di relazioni industriali della crisi economico-finanziaria che nell'ultimo decennio ha colpito duramente l'Europa¹¹.

Le evidenze della ricerca sono apparse, tuttavia, confortanti, in quanto rivelano che, nei fatti, una buona parte dei modelli nazionali abbia resistito ai colpi della crisi, mostrandosi in alcuni casi addirittura impermeabile ai

⁹ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p.26.

¹⁰ Il riferimento è alla scarsa implementazione dell'art. 3.2 della Convenzione OIL n. 154/81, il quale subordina la valorizzazione delle rappresentanze d'impresa alla salvaguardia del ruolo dei sindacati maggiormente rappresentativi. V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 25.

¹¹ Tra i molteplici contributi sul tema, v. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in

mutamenti economici e riuscendo a mantenere invariate la propria struttura e le proprie funzioni.

Jesús Cruz Villalón ha riportato che, in generale, tutti i Paesi sono stati interessati da riforme in campo normativo, le quali “sono intervenute su aspetti strutturali del sistema, pur non volendo essere, propriamente, riforme strutturali”. Queste sarebbero state dettate da esigenze congiunturali, volte al raggiungimento di scopi tipicamente economici, che, però, hanno coinvolto alcuni aspetti della contrattazione collettiva, interferendo in particolar modo sull’articolazione delle competenze tra contrattazione di livello nazionale e quella periferica e determinando in qualche caso un cambiamento definitivo del sistema.

Tuttavia, nella maggior parte dei Paesi, le alterazioni del quadro normativo non hanno avuto riscontro nella pratica negoziale, che ha continuato a svolgersi secondo le vecchie regole.

Infatti, la ricerca ha segnalato che un gran numero di modelli mostra una significativa stabilità nel tempo di alcuni elementi basilari, quali sono: i contributi sindacali; la capacità di interlocuzione del sindacato, specie nei processi di ristrutturazione aziendale; la regola dell’efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi che, per i Paesi in cui essa è prevista, continua ad essere in vigore; i modelli di contrattazione centralizzata che seguitano a mantenere la loro struttura, nonostante la pressione verso il decentramento aziendale; una diffusa efficacia soggettiva all’interno delle imprese dei contratti collettivi, indipendentemente dall’affiliazione del lavoratore; la regola dell’ultratattività del contratto scaduto; la risoluzione extra-giudiziale dei conflitti interni alle parti negoziali; un ampio spazio di materie negoziabili¹².

Le modifiche normative più rilevanti, orientate anche dalle raccomandazioni dell’Unione Europea verso l’estensione del decentramento negoziale e la correlativa riduzione del ruolo dei contratti collettivi di categoria, hanno riguardato i Paesi un tempo cd. PIGS (Portogallo, Italia, Irlanda, Grecia e Spagna), sebbene con risvolti differenti.

In Italia, Irlanda, Spagna e Portogallo, le riforme non avrebbero smontato la prassi delle relazioni industriali consolidatasi da lungo tempo. In particolare, Jesús Cruz Villalón ha fatto presente che in Spagna, la spinta

DLRI, 2012; GLASSNER, KEUNE, MARGISONSON, *La contrattazione collettiva in tempo di crisi*, in DRI, 2012, p. 296.

¹² V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 20.

normativa al decentramento non ha attecchito all'interno del sistema di contrattazione collettiva, anzi si misura ancora un certo protagonismo del cd. contratto settoriale, quasi pari al 90%.

Il Portogallo è stato attaccato sulle procedure di estensione dell'*erga omnes*, ma resta pur sempre tra i Paesi con il più alto tasso di copertura contrattuale (v. *infra*).

Differente è il caso della Grecia, che insieme ai Paesi dell'Est (Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Ungheria, Lettonia, Romania, Polonia) ha subito profonde innovazioni del sistema di negoziazione collettiva. Qui, non solo, la forte spinta normativa verso l'estensione del decentramento contrattuale ha, in concreto, ridotto sempre più lo spazio riservato alla contrattazione collettiva di settore, ma il sistema è stato indebolito dalla limitazione dell'ultrattività dei contratti collettivi e dalla deroga al principio del *favor* del contratto collettivo di fronte alla legge o rispetto al contratto collettivo previgente. Tali interventi avrebbero destrutturato il sistema delle relazioni industriali, mettendo a rischio il ruolo del sindacato nel processo di riduzione delle disuguaglianze sociali in questi Paesi.

Quanto al sistema italiano, invece, Lorenzo Zoppoli ha ritenuto che l'impatto delle riforme sia stato molto più profondo rispetto alla Spagna, l'Irlanda e il Portogallo, specie quello degli ultimi provvedimenti normativi, intervenuti a modificare il rapporto tra legge e contratti collettivi e la struttura stessa della contrattazione collettiva¹³. Secondo Lorenzo Zoppoli, dunque, l'Italia non sarebbe da annoverare tra quei Paesi in cui le strutture fondamentali non sono state scalpite; anzi, negli intenti del legislatore italiano, l'obiettivo di riformare l'assetto della contrattazione collettiva era ben chiaro¹⁴. Tuttavia, si è trattato di interventi *spot*, disorganici, che hanno avuto come effetto la destrutturazione del sistema. È mancata – ha affermato Zop-

¹³ Il riferimento è agli interventi normativi di cui all'art. 8, l. 138/2011 e all'art. 51 del d. lgs. n. 81/2015, con i quali il legislatore è entrato a gamba tesa nel quadro regolativo della prassi negoziale. In proposito v. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 255 ss.; PERULLI, *La contrattazione collettiva “di prossimità”: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013; ANDREONI, *I dilemmi sindacali nell'Italia del “JOBS ACT”*. *Spunti per una riflessione*, in *RGL*, 2015, p. 690 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”* - 254/2015.

¹⁴ V. LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Atti del Convegno di studi alla Camera dei Deputati del 19 febbraio 2015*; ROMEO, *Il processo di “aziendalizzazione” della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, p. 857 ss.

poli – una visione di insieme, generando così, più che un fenomeno omogeneo di decentramento contrattuale, una fuga da un sistema di contrattazione articolato, per divenire sempre più un sistema disarticolato¹⁵.

Dello stesso avviso è sembrato Tiziano Treu (Presidente del CNEL), il quale ha ridimensionato l’impatto della tendenza al decentramento in Italia, laddove ha considerato che il nuovo impianto normativo predisposto dall’art. 51, d. lgs. n. 81/2015, che, in sostanza, pone sullo stesso livello i contratti collettivi nazionali e i contratti collettivi decentrati, non avrebbe scardinato il sistema. Secondo Treu, questo si presenterebbe ancora come un modello centralizzato, ma molto rigido. Per questo, al dato congiunturale reagisce in modo “schizofrenico”, con fenomeni di elusione, contratti pirata, clausole in deroga, salari e condizioni di lavoro dettati unilateralmente dalle imprese.

5. *Alcune osservazioni sul caso italiano*

La ricerca ha collocato spesso l’Italia tra i Paesi dell’area latino-mediterranea, della quale fanno parte anche la Grecia, la Spagna e il Portogallo.

Questi Paesi condividono la legittimazione costituzionale espressa del diritto di associazione sindacale, dal quale si fa derivare il riconoscimento costituzionale della negoziazione collettiva.

Si tratta di una caratteristica non generalizzata nell’ambito dei sistemi costituzionali europei¹⁶, che invece, ha visto l’Italia tra i primi a riconoscere a livello costituzionale il diritto alla contrattazione collettiva¹⁷. Tuttavia, ha ricordato Lorenzo Zoppoli, quello italiano resta l’unico ordinamento, che a distanza di settanta anni, non ha emanato le norme di attuazione del dettato costituzionale. Questa condizione comincia ad essere “imbarazzante”, perché l’impianto della contrattazione collettiva in Italia non funziona più in maniera soddisfacente, oltre a risultare ostativa rispetto all’auspicio dell’intervento del legislatore per una razionalizzazione del sistema¹⁸.

¹⁵ Sulla classificazione delle strutture della contrattazione collettiva operata dal gruppo di ricerca, v. *infra*, § 6.

¹⁶ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 81 ss.

¹⁷ Per un maggiore approfondimento, v. PERA, *voce Libertà Sindacale (dir.vig.)*, in *ED*, 1974, XXIV, p. 501 ss; GIUGNI, *Art. 39*, in *Comm. Branca, art. 35-40. Rapporti economici*, Zanichelli, 1979, p. 257 ss.

¹⁸ Così, ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva in Europa: una comparazione in vista delle riforme “strutturali”*, in *RDSS*, 2019, p. 833.

Si è già detto che l'Italia, la Grecia, la Spagna e il Portogallo sono stati tutti destinatari di un intervento mirato dell'Unione Europea sulle relazioni di lavoro, per motivi di ordine economico (v. *supra*). Negli anni della crisi, infatti, questi Paesi, insieme all'Irlanda, sono divenuti, sotto la spinta della Banca Centrale Europea e della *Troika* “un laboratorio delle politiche di austerità” – ha dichiarato al convegno Salvo Leonardi – con effetti poi riconosciuti scarsamente edificanti.

Ancora, l'Italia condivide con i Paesi dell'area latino-mediterranea l'aver vissuto “un'esperienza nefasta di fascismo e corporativismo giuridico; un pluralismo associativo di base originariamente ideologica, con prevalenza di sindacati di ispirazione comunista; costituzioni sociali definite dalla J.P. Morgan, negli anni più duri della crisi, *socialisteggianti* e tassi di conflitto industriale tra i più alti nell'Occidente” – ha spiegato Leonardi. Lo stesso ha, però, precisato, che l'Italia a differenza degli altri Paesi, si caratterizza per l'alto livello di astensionismo del legislatore, al quale si contrappone un forte volontarismo nelle relazioni industriali (che nella ricerca si è detto abbia contribuito alla resistenza del sistema rispetto ai cambiamenti economici). In particolare, l'Italia si distingue per l'assenza di salario minimo e dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, che invece accomuna il nostro sistema a quello della Svezia e della Danimarca¹⁹.

Tra gli elementi appena tracciati, l'alto tasso di conflittualità e l'astensionismo del legislatore italiano, specie rispetto all'attuazione del dettato costituzionale, sono di certo correlati²⁰. Secondo Lorenzo Zoppoli, quello del legislatore è un atteggiamento che non può più essere tollerato dal nostro sistema di relazioni industriali, che per quanto in passato abbia raggiunto grandi traguardi, oggi presenta “una fragilità tecnico-giuridica” forse unica nel panorama degli ordinamenti europei, che concorre ad alimentare il conflitto industriale²¹.

¹⁹ Svezia e Danimarca, tuttavia, si differenziano dall'Italia, in quanto la crisi non ha influito negativamente sul loro sistema di contrattazione collettiva, che si presenta ancora ben articolato, lasciando intatta la sua struttura, le sue funzioni e il protagonismo dell'autonomia collettiva nel regolamentare la prassi negoziale. Inoltre, questi Paesi presentano un tasso di sindacalizzazione molto alto, al quale non può paragonarsi quello del sistema italiano, sul quale si fondano molti dubbi, v. *infra*.

²⁰ V. MARTELLONI, *Presenza nel conflitto e rappresentatività nell'interregno del sistema sindacale*, in *LD*, 2014, p. 55 ss.

²¹ Sulla insostenibilità dell'astensionismo del legislatore in materia, v. anche DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *RIDL* 2010, p. 797 ss.

Secondo lo studio diretto da Villalón, inoltre, l'Italia sarebbe tra i Paesi che hanno un tasso di copertura contrattuale inferiore al sessanta per cento della popolazione di lavoratori dipendenti. Tra questi rientrerebbero i Paesi anglosassoni (Irlanda e Regno Unito) e, al di sotto del quaranta per cento, i Paesi dell'Europa dell'Est, con la Lituania al 15%²².

Tale dato sembrerebbe rivelare le condizioni non proprio ottimali dello stato di salute del sistema italiano. Tuttavia, la sua portata è stata molto dibattuta nel corso del convegno, poiché si tratta di un dato importante, ma da alcuni ritenuto poco approfondito.

Salvo Leonardi ha riferito che il tasso di copertura contrattuale in Italia si attesterebbe, piuttosto, intorno all'ottanta per cento. Si tratta di una percentuale generalmente nota, riportata anche dalle statiche ETUI, che però Lorenzo Zoppoli ha considerato poco convincente, fondando il dubbio che si tratti di un dato anacronistico, trasmesso "tralaticciamente" dalle organizzazioni collettive da lungo tempo. Le motivazioni che portano ad indugiare sulla piena corrispondenza alla realtà di un tasso di copertura così alto, derivano dallo scarso approfondimento sul contenuto di questo elemento. Sotto un'unica voce, infatti, si ritroverebbero i CCNL, i contratti aziendali e quelli territoriali; inoltre, non è chiaro se la copertura si riferisca solo ai minimi salariali o anche a tutti gli istituti che le imprese che applicano il contratto sono tenute a rispettare²³.

Si tratta di una rappresentazione dalle tinte fosche, da considerarsi difficilmente indicativa della qualità della copertura contrattuale in Italia.

Manola Cavallini (CNEL-CGIL), intervenuta al convegno in rappresentanza della parte sindacale, ha sintetizzato sul tema del tasso di copertura contrattuale, giudicandolo un "falso problema". La stessa ha dichiarato che i contratti collettivi di categoria stipulati da CGIL, CISL e UIL e dalle maggiori associazioni di rappresentanza datoriale sono 205 nel settore privato e coprono l'intero mondo delle professioni, inclusi, ad esempio, i *riders* che rientrerebbero nel settore trasporto e logistica. Ciò che dovrebbe destare

²² I Paesi dell'Europa continentale, invece, rientrerebbero tra quelli con il tasso di copertura più alto, superiore al 60%, con l'Austria al 95%. Si tratta di Paesi caratterizzati dal protagonismo dei contratti collettivi di settore; dall'efficacia *erga omnes* dei contratti e dalla possibilità di estensione degli accordi per intervento dello Stato. Sono elementi che adottati singolarmente o cumulativamente porterebbero al conseguimento di un alto tasso di copertura. V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 34 ss.

²³ In questi termini, ZOPPOLI, *op. cit.*

maggior preoccupazione, secondo Manola Cavallini, è, piuttosto, il fatto che questi contratti troppo spesso non vengono applicati dai datori di lavoro, mentre imperversano orari falsi, inquadramenti fasulli, finti part-time. Per non dire della proliferazione dei cd. contratti collettivi pirata²⁴, i quali rendono ancora più caotico il nostro sistema.

Sembra chiaro, dunque, che la contrattazione collettiva in Italia continui ad essere preda della sua anomia.

6. *Il decentramento contrattuale in Europa: una falsa tendenza?*

Sul piano della struttura della contrattazione collettiva, la ricerca presentata al CNEL ha suddiviso i sistemi nazionali in due modelli. Da una parte, vi sono quelli cd. articolati, all'interno dei quali il legislatore, o direttamente le parti sociali, stabiliscono le regole di riparto delle competenze tra i vari livelli negoziali (Germania, Austria, Francia, Spagna, Italia, Portogallo, Belgio, Danimarca, Finlandia, Norvegia, Svezia, Grecia, Slovenia). Dall'altra, vi sono i modelli cd. disarticolati, nei quali si consente la negoziazione di tutte le condizioni di lavoro in qualunque degli ambiti esistenti di contrattazione collettiva (Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Estonia, Ungheria, Estonia, Lettonia, Polonia, Romania). *A latere*, si collocano il Regno Unito e l'Irlanda, nei quali sistemi non vi è il bisogno di regolamentare il riparto di competenze, dal momento che la contrattazione collettiva si sviluppa in maniera esclusiva in ambito aziendale.

Tra questi, i Paesi dell'Est e quelli anglosassoni hanno sviluppato un sistema prevalentemente decentralizzato, nel quale le materie concernenti le condizioni fondamentali del rapporto di lavoro vengono affidate alla competenza della contrattazione aziendale; mentre l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Finlandia, la Francia, la Germania, l'Italia, l'Olanda, il Portogallo, la Slovacchia, la Spagna, la Svezia presentano un sistema principalmente centralizzato, nel quale le stesse materie sono negoziate a livello intersettoriale o settoriale.

²⁴ Secondo il rapporto CNEL di giugno 2019, risultano 885 CCNL vigenti, molti dei quali sono contratti stipulati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da associazioni imprenditoriali compiacenti, finalizzati a costituire un'alternativa al ribasso rispetto al CCNL del medesimo settore, con un evidente ridimensionamento delle tutele dei lavoratori coinvolti.

Questa classificazione – ha precisato Jesús CruzVillalón – dipende dalla struttura reale della contrattazione collettiva, che non sempre corrisponde al modello strutturale rappresentato dalla norma giuridica. Tanto è vero che, anche negli Stati dove predomina la centralizzazione delle competenze, esiste la possibilità di stipulare contratti collettivi aziendali (Germania), talvolta anche su impulso della norma legale (Spagna; Italia); allo stesso modo, nei Paesi collocati all'interno del modello decentralizzato, la legge consente la negoziazione di contratti collettivi settoriali.

Per questo motivo, la ricerca ha adottato un ulteriore livello di classificazione dei modelli, individuando quelli di centralizzazione materiale e decentralizzazione legale e quelli di centralizzazione legale e decentralizzazione materiale²⁵.

Un panorama contrattuale così variegato e complesso dal punto di vista strutturale ha spinto a considerare che il fenomeno del decentramento collettivo, quale risvolto negativo della crisi economica sulle relazioni industriali, debba essere relativizzato.

La spinta alla cd. aziendalizzazione contrattuale, a discapito della contrattazione collettiva di settore, non si configura come una tendenza univoca, a dispetto di ciò che si è pensato negli ultimi anni.

Di certo non può escludersi che un tale impulso sia stato presente all'interno dei documenti europei di *governance* economica, come le raccomandazioni e altri atti meno formali, come la famosa lettera della BCE del 5 agosto 2011, richiamati da Cristina Alessi.

Tuttavia, l'effetto propulsivo è stato differente, a seconda delle caratteristiche del sistema che ne è stato investito. Questo perché, stando ai risultati dello studio comparato, l'intervento del potere pubblico ha attecchito in maniera diversa, in dipendenza della capacità di tenuta dell'autonomia collettiva e della natura del tessuto imprenditoriale sul quale insiste la contrattazione collettiva²⁶.

²⁵ V. *La negociación colectiva en Europa*, cit., p. 138 ss.

²⁶ Il fenomeno del decentramento contrattuale è stato tra i temi al centro del dibattito tenutosi in occasione del ISLSSL XXII *World Congress* Torino 2018, dedicato al tema delle trasformazioni e delle nuove sfide dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e sicurezza sociale. In questa occasione, il gruppo di ricerca coordinato da T. Araki (Tokyo) e S. Laloum (Marsiglia) su "*Organization productivity wellbeing at work*" ha affermato come le trasformazioni in atto nel mondo del lavoro e dell'impresa abbiano esercitato forti pressioni a decentrare la contrattazione collettiva. Il fenomeno avrebbe, appunto, colpito maggiormente i paesi europei che tradizio-

In Spagna, ad esempio, dove il tessuto imprenditoriale è formato per la maggioranza da piccole e medie imprese – ha spiegato Jesús Cruz Villalón – la riforma della contrattazione collettiva del 2012 a favore della contrattazione aziendale²⁷ non ha prodotto i risultati sperati. Da un'inchiesta promossa all'indomani della sua entrata in vigore, infatti, è risultato che la stragrande maggioranza delle imprese continua ad applicare il contratto di settore: il 73% ha risposto perché più conveniente; il 15% ha risposto che nelle loro imprese mancano organismi di rappresentanza aziendale; tra gli altri, alcuni imprenditori hanno risposto che non sostengono la costituzione di rappresentanze sindacali a livello dell'azienda; alcuni, persino, che non conoscono i metodi di negoziazione aziendale.

In Italia, il fenomeno è più complesso, perché, come ha sottolineato anche Manola Cavallini, la diffusione della contrattazione collettiva decentrata in Italia, più che scarsa, risulta marcatamente disomogenea. Al Nord vi è un alto tasso di contratti collettivi aziendali adottati anche da PMI al di sotto dei 50 dipendenti, che hanno, così, usufruito delle politiche di decontribuzione e defiscalizzazione formulate negli ultimi anni quali incentivo al decentramento. Lo stesso non è accaduto nel Sud del Paese, dove la contrattazione aziendale ancora stenta a decollare, oltre che per la scarsa presenza di grandi complessi industriali, per la poca conoscenza delle prassi negoziali aziendali. Inoltre, ha riferito Manola Cavallini, importanti differenze di copertura contrattuale esistono anche tra i diversi settori professionali. Infatti, tra gli altri, il settore edilizio e quello agricolo presentano un alto tasso di copertura, che raggiunge quasi il 100% della popolazione di lavoratori, indipendentemente dal territorio di insediamento dell'unità produttiva.

L'eterogeneità con la quale si è diffusa la contrattazione di secondo livello in Italia è emersa anche dall'analisi di Cristina Alessi, la quale studiando il sistema dall'Osservatorio bresciano sulla contrattazione collettiva, che guarda un territorio altamente industrializzato, ha fatto presente che c'è stato un ampliamento dello spazio di deroga da parte della contrattazione collettiva

nalmente presentano un assetto contrattuale centralizzato, all'interno dei quali le riforme legislative avrebbero incoraggiato il processo di decentramento contrattuale. Già in questa occasione era stato avvertito come tali interventi abbiano impattato diversamente sui singoli sistemi, anche in dipendenza della capacità di controllo delle organizzazioni sindacali. I contributi del gruppo di ricerca sono scaricabili dal sito <http://www.islsltorino2018.org/it/papers-2/>.

²⁷ Si tratta del *Real decreto-ley* n. 3/2012 del 10 febbraio 2012, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro.

cd. di prossimità, oltre le classiche materie relative alle ristrutturazioni e riorganizzazione aziendali²⁸. Questo fenomeno – ha aggiunto Cristina Alessi, in accordo con quanto espresso da Lorenzo Zoppoli e Tiziano Treu (v. *supra*) – sarebbe stato favorito dagli interventi legislativi, di cui all’art. 8 della l. n. 138/2011 e all’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che hanno inciso sull’assetto delle fonti del diritto del lavoro e portano, oggi, ad interrogarsi se il contratto collettivo rappresenti ancora una fonte normativa di livello nazionale o sia diventato uno strumento di gestione dell’organizzazione aziendale²⁹. In questi casi, tuttavia, la stessa ha specificato che, oltre alla spinta legislativa, è stato determinante l’atteggiamento della contrattazione nazionale, la quale ha lasciato spazio di intervento alla contrattazione decentrata.

Secondo Salvo Leonardi, il fenomeno della contrattazione decentrata andrebbe ridimensionato, in quanto non sarebbe decollato in nessuno dei Paesi a struttura originariamente centralizzata. Egli ha riferito di percentuali di copertura della contrattazione aziendale molto basse in Italia, dovute al fatto che diverse aziende non sarebbero sindacalizzate e dando merito alle organizzazioni sindacali di aver tentato di arginare la tendenza alla cd. balcanizzazione delle tutele. Oggi, la maggiore minaccia non deriverebbe, secondo Leonardi, dalla cd. aziendalizzazione della contrattazione collettiva, ma dagli oltre 800 contratti nazionali che fanno *dumping* nella parte alta del sistema.

In Spagna, ci sarebbe stato addirittura un calo della contrattazione decentrata dal 2013, dovuto, secondo Leonardi, anche all’offerta da parte delle ultime riforme legislative di diversi strumenti di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, che probabilmente hanno reso i contratti aziendali in deroga meno attraenti per le imprese.

Dal dibattito è emerso anche l’aspetto “virtuoso” della contrattazione aziendale, almeno di quella praticata dall’associazione datoriale di Federmeccanica, presente al tavolo del convegno. Si tratta della previsione a livello aziendale di aumenti della retribuzione connessi alla produttività, dell’introduzione delle 24 ore di diritto soggettivo alla formazione, dell’iscrizione obbligatoria al fondo di assistenza sanitaria integrativo “Metasalute”, della diffusione dello *smart working*. Con questi interventi, ha fatto sapere Federmeccanica, le imprese affiliate hanno deciso di investire sulla produttività del

²⁸ V. in proposito, CAPELLI, MARINO, *Contrattazione collettiva decentrata e democrazia industriale in Lombardia*, *EL*, 2014, p. 97 ss.

²⁹ V. anche NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, *DLRI*, 2012, p. 467 ss.

lavoro, sullo sviluppo del *welfare* aziendale, sulla formazione continua e sulla conciliazione dei tempi di vita-lavoro, mettendo al centro il benessere dei lavoratori. Tuttavia, anche in questo caso, si tratta di contratti aziendali sviluppatasi quasi unicamente nel Nord dell’Italia.

7. Conclusioni. La resilienza dei sistemi di relazioni industriali

Al termine di tutte le considerazioni fatte sulle alterazioni connesse al dato congiunturale, ci si è chiesti se la contrattazione collettiva in Europa si trovi ad attraversare un momento “epocale”, nel quale il ruolo delle parti sociali sarà sempre più relegato ad una funzione residuale, ovvero, se la stessa viva una fase di transizione “post-austerità”, considerato che le stesse autorità europee hanno ammesso che troppa disuguaglianza nuoce anche all’economia.

Secondo il gruppo di ricerca coordinato da Jesús Cruz Villalón, i sistemi nazionali avrebbero mostrato una certa resilienza, attestata da una serie di indicatori che rilevarebbero, nonostante l’avvento della crisi economica, una costanza più che una brusca rottura con gli assetti tradizionali.

La contrattazione collettiva in Europa sarebbe in una fase evolutiva, laddove il suo sviluppo è strettamente connesso ai cambiamenti economici, tecnologici e organizzativi che continueranno ad aversi nei prossimi anni.

In particolare, la ricerca ha fatto emergere la necessità di un riorientamento da parte della contrattazione collettiva in favore di nuove funzioni socio-economiche, oltre quelle classiche consistenti nella tutela dei diritti del lavoratore, di lotta al *dumping*, di mezzo di pace sociale. Si tratta di saper adeguare il suo ruolo al cambiamento economico, alla distribuzione dei sacrifici in situazioni di crisi aziendali, alla gestione della segmentazione lavorativa, specie nel senso di contrastarla.

Le nuove funzioni dovrebbero integrarsi con quelle tradizionali, attraverso un riequilibrio degli interessi, che viva di un nuovo attivismo del sindacato, magari sostenuto dall’intervento del legislatore, altrimenti – ha affermato Jesús Cruz Villalón – finirà per svuotare completamente il suo ruolo all’interno del nuovo contesto economico.

Anche Cristina Alessi ha fatto una riflessione sull’opportunità dei contratti collettivi di adeguare i loro contenuti ai cambiamenti indotti dalla politica economica, dalla quale sono derivati effetti purtroppo negativi, specie

sui salari, generando il fenomeno dei cd. *working poor*. Tra questi, molti appartengono alle categorie dei parasubordinati e autonomi, all'interno delle quali crescono i nuovi lavori (quelli cd. a domanda, quelli della *GIG economy*). Tutto ciò ha determinato la necessità di una maggiore rappresentanza del lavoro autonomo, alla quale la contrattazione collettiva deve assolutamente rispondere³⁰.

Un altro tema sul quale dovrebbe convergere la contrattazione collettiva, non particolarmente innovativo, ma ritenuto strategico da Manola Cavallini, è quello della partecipazione³¹. Un istituto che il legislatore dovrebbe incentivare per favorire l'informazione sulle scelte aziendali e l'interazione tra i lavoratori e/o le loro rappresentanze con la direzione, sulle più svariate tematiche (tra le quali sono state citate anche la *diversity* e l'invecchiamento attivo), al fine di migliorare le relazioni industriali.

La risposta alle nuove istanze socio-economiche che si stagliano nel panorama europeo delle relazioni industriali realizzerà una nuova convergenza funzionale della contrattazione collettiva, rispetto alla quale, risulterà fondamentale il sostegno del legislatore che, come ha ribadito Lorenzo Zoppoli, svolge un ruolo essenziale di composizione degli interessi privati nei vari ordinamenti nazionali, anche grazie alla realizzazione di una più equilibrata rappresentanza.

³⁰ V. *amplius*, FABRIZI, EVANGELISTA, *L'instabilità dei nuovi lavori: un'analisi dei percorsi lavorativi*, in *EL*, 2010, p. 25 ss.; MEREU, FRANCESCHETTI, *Rappresentare il lavoro che cambia. Una lettura per competenze e fabbisogni*, in *Sociologia del lavoro*, 2013, p. 63 ss.

³¹ Sul punto, v. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in questa rivista, 2014, p. 302.

Key words

Contrattazione collettiva, crisi economica, decentramento.

Collective bargaining, economic crisis, Decentralisation.

Sara Benvenuti

Le arti e la dimensione giuridica.

Riflessioni a conclusione del Convegno

svoltosi a Palazzo Incontri, Firenze, giovedì 30 maggio 2019

Sommario: **1.** Le ragioni del convegno. **2.** Rappresentare la dimensione giuridica. Il contributo delle arti figurative. **3.** Interpretare il diritto a partire da letteratura, musica e teatro. **4.** Raccontare la dimensione umana e dare forma all'ingiusto. Narrativa e immaginazione del diritto. **5.** Il diritto: arte o scienza? Note conclusive di Maria Rosaria Ferrarese.

1. *Le ragioni del convegno*

“Cosa c’entrano le arti con la dimensione giuridica?” È con questo interrogativo che il Rettore dell’Università di Firenze, Luigi Dei, apre i lavori del Convegno “Le arti e la dimensione giuridica”, organizzato a Palazzo Incontri, a Firenze, il 30 maggio 2019, dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri con il patrocinio dell’Università di Firenze.

La risposta è affidata alle parole del grande restauratore belga Paul Philippot, secondo il quale “il restauratore deve rimediare, nel limite del possibile, al divorzio fatale fra la materia che invecchia e la forma che incarna”. Diritto, giustizia, informazione giudiziaria – ricorda Dei – conferiscono forma al vero, perseguono, seguendo cammini diversificati, il comune e identico valore della verità. Quest’ultima, tuttavia, pur se univoca, presenta sfaccettature plurime e, come per l’osservatore del *Ratto delle sabine* del Giambologna che gira intorno all’opera per coglierne tutte le possibili sfumature prospettiche, la ricerca della verità impone al giurista di assumere molteplici punti di visuale, compreso quello dell’arte.

Del resto, può il diritto essere considerato un prodotto artistico? È il diritto esso stesso “arte”? Si domanda Patrizia Giunti, Direttrice del Dipar-

timento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze. Erano gli anni '50 del secolo scorso, si coglievano ormai chiaramente i limiti del riduzionismo positivisticò, e Francesco Carnelutti, nel suo saggio *L'arte del diritto*, già richiamava le categorie della fantasia, dell'armonia, dell'intuizione. Il giurista, per essere scienziato in senso pieno, deve essere uomo e scienziato insieme, e per questo arricchire il proprio strumentario di competenze ulteriori che guardino all'estro creativo, abbiano capacità di ascolto, sensibilità ed empatia verso la vita in tutte le sue forme.

La "fantasia del giurista" – sottolinea Paolo Cappellini, ricordando un saggio di Paolo Grossi e portando i saluti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno – è rimasta fin troppo latente nel suo lavoro, ma è presente e si sostanzia in quella dimensione propriamente creativa che assai spesso gli appartiene. Il discorso sul binomio arte e attività del giurista coinvolge, inoltre, un aspetto più profondo, che attiene al rapporto fra natura e artificialità, fra la dimensione umana (finanche biologica) dell'umanità e la dimensione artificiale del diritto e dello Stato.

Diviene imprescindibile, insomma, guardare oltre il confine scientifico dello spazio giuridico, osservare la complessità del reale, calarsi nelle diverse relazioni che lo contraddistinguono, fra ciò che è rimasto per troppo tempo distante e non facilmente comunicante. In questo, ribadisce Paola Lucarelli, Presidentessa della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, l'arte può farsi veicolo di conoscenza, strumento di sensibilizzazione del diritto e specchio della sua dimensione sociale. L'arte consente di guardare la persona nella sua componente emotiva, oltreché razionale, contribuendo in tal modo al radicamento di una cultura giuridica che accolga strumenti, percorsi e valori rivolti alla piena e completa esplicazione della personalità.

Iniziative come questa su "Le arti e la dimensione giuridica" rispondono a molteplici funzioni che – ricorda il Presidente della Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Giuseppe Morbidelli, – sono innanzi tutto informative per la società circa la ricchezza del diritto e il suo legarsi alle espressioni di maggior rilievo della nostra cultura. Le interazioni tra aspetti giuridici e aspetti artistici sono inoltre continue nella storia, assumono molto spesso significati pratici e operativi, talvolta persino conflittuali.

L'importanza del dibattito su simili temi è testimoniata dal fatto che il convegno in questione costituisce il terzo di una trilogia che, come ci spiega il suo principale ideatore, Orlando Roselli, potrebbe intitolarsi "Strumenti

per la comprensione delle società contemporanee e le trasformazioni della dimensione giuridica”.

Un primo convegno, tenutosi nel luglio del 2017, ha inteso avviare una riflessione circa il contributo della cultura giuridica e della grande letteratura alla costruzione del progetto e dell'identità europei nel tempo presente di crisi dei circuiti politici. Gli esiti di quel dibattito sono stati pubblicati nel 2018 nel volume *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, curato dallo stesso Roselli e presentato nel corso della giornata di cui siamo a commentare gli atti. È poi seguita, nel novembre 2018, una seconda iniziativa dedicata al tema “Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia”. Infine, potrebbe essere ricompresa nel più ampio filone di analisi delle trasformazioni degli ordinamenti giuridici contemporanei una quarta iniziativa, organizzata a Firenze il 30 maggio 2012 e avente ad oggetto il tema “Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale”, i cui atti sono stati pubblicati nel 2013.

Il convegno su “Le arti e la dimensione giuridica” ha inteso contribuire al progredire della riflessione, allargando la visuale del diritto dalla letteratura e il cinema, alle arti figurative, alla musica e al teatro. “Non si tratta di rincorrere un generico, inconcludente, astratto eclettismo”, precisa Roselli. Il giurista è interprete della realtà sociale in cui è immerso e non può prescindere da essa; una realtà che cambia e si trasforma “con una rapidità geometricamente progressiva”, che chiede al diritto risposte adeguate, imponendo, per questo, la continua interazione con altri saperi capaci di cogliere le mutevoli espressioni umane.

2. *Rappresentare la dimensione giuridica. Il contributo delle arti figurative*

Le arti figurative possono contribuire alla costruzione di senso dell'attività giuridica, ci ricorda Anna Maria Campanale nella sua relazione *Le arti figurative e la rappresentazione della dimensione giuridica*. “Le immagini sono coinvolte in relazioni sociali, intervengono ad attivare, partecipano, come condizione necessaria, al pari delle parole, alla decomposizione e ricomposizione di un universo di senso sociale. Questo senso sociale è anche senso giuridico”.

Per lungo tempo la scienza giuridica ha sospinto il diritto sulla strada della parola, avvalorando la pretesa di questa di farsi unica ragione in grado di esprimere il diritto e offuscando l'immagine nella sua capacità di "dire" la realtà. Ne è conseguita una divaricazione tra il *logos*, la parola, che ordina, organizza e regola, e l'*eikon*, l'immagine, che invece è affine alla sensazione e all'intuizione.

In realtà, diceva Debray e riprende Campanale, "l'immagine è l'infanzia del segno"; è un *prìus* cronologico, se non logico e ontologico, rispetto alla parola; e "mentre il *logos* percorreva i lunghi corridoi del sintattico, nella logica lineare delle parole, quindi una unica strada possibile, la ragione iconica occupava gli spazi aperti della logica multidimensionale delle immagini, portatrice di una propria normatività, extralegale forse, ma non per questo meno giuridica".

L'immagine porta in sé una sua razionalità, una sua ragione "iconica", che ha attraversato la storia dell'esperienza dell'uomo. Quest'ultimo, ad esempio, ha rappresentato l'essenza del diritto, la giustizia, attraverso una figura femminile, la quale, corredata di simboli (prima la bilancia, poi la spada e la benda), ha abitato strade, piazze e spazi pubblici in generale, esplicando funzioni molteplici, non meramente decorative ma costitutive di senso giuridico. Tra queste, Anna Maria Campanale evidenzia innanzi tutto la funzione "ideologica" dell'utilizzo delle immagini: la rappresentazione della giustizia è per il potere una leva egemonica, uno strumento per autolegittimarsi nella società in modo laico, dopo aver rinunciato ad una giustificazione di carattere metafisico e religioso. Un esempio sono le c.d. "fontane della giustizia" diffuse soprattutto nelle piazze del Nord Europa; modello, tra queste, la fontana di Berna di H. Gierg del 1543.

La "politica delle fontane" – come è stata denominata – evidenzia anche una diversa funzione, che Campanale definisce "didattico-pedagogica": essa si rivolge all'uomo comune e mostra una giustizia sopraelevata rispetto al potere, che scende tra gli uomini, ponendosi quale commutatore tra il cielo e la terra, tra l'uomo e la divinità.

Storicamente, poi, e più precisamente nell'arco temporale che va dalla fine del 1400 e per tutto il 1500, le raffigurazioni della giustizia hanno avuto come destinatari gli stessi giudici. Collocate all'interno delle sale e nei luoghi in cui veniva amministrata la giustizia, esse fungevano da indirizzo dell'attività giudiziaria secondo i valori della incorruttibilità, della imparzialità, del rispetto della legge e dell'eguaglianza di trattamento. Erano tre i principali

temi iconografici: quello religioso (ad esempio ne *Il giudizio di Salomone*, Raffaello Sanzio, 1508), quello laico (ad esempio ne *La calunnia di Apelle*, Albrecht Dürer, 1521, e ne *Il giudizio di Cambise*, Gerard David, 1498), infine quello espresso dalla c.d. pittura infamante.

Nell'Italia comunale, dalla seconda metà del XIII alla prima metà del XV secolo, le pene infamanti, già esistenti, vennero tradotte in immagine: soggetti colpevoli di frode finanziaria, di falso, di omicidio, ecc., venivano ritratti corredati di simboli (ad esempio la borsa al collo) che evocavano il tradimento della fiducia sociale, e collocati in luoghi pubblici, al fine non soltanto di ledere la loro rispettabilità e onorabilità, ma di sottoporli a determinate conseguenze giuridiche. Due cicli pittorici di questo tipo sono rinvenibili, il primo, nel Palazzo Broletto di Brescia (*I cavalieri incatenati*, 1280), il secondo, nel Palazzo della Ragione di Mantova.

Nel tempo, la partecipazione delle arti figurative alla vita del diritto è andata pian piano scemando, fino a perdere nella nostra contemporaneità qualsiasi funzione o ruolo.

Nel 1654, nel *Paesaggio con la pace che abbraccia la giustizia*, Laurent de la Hyre mostra già una diversa idea di giustizia. Nella raffigurazione, una figura femminile ha ai suoi piedi i simboli della guerra, mentre a destra la giustizia, che le cinge il collo, non brandisce più la spada (la punta è rivolta verso il basso) e non tiene più in equilibrio la bilancia. È una giustizia pacificatrice – conclude Anna Maria Campanale – che guarda oltre quella stretta reciprocità del diritto che la scienza giuridica ha portato come unico cardine possibile dell'esperienza giuridica.

3. Interpretare il diritto a partire da letteratura, musica e teatro

Il contributo della letteratura alla comprensione del fenomeno giuridico e alla formazione del giurista è evidenziato soprattutto da quel movimento culturale che prende il nome di *Law and Literature Movement* e ha origine negli Stati Uniti nei primi decenni del Novecento.

Nel clima americano di “rivolta contro il formalismo” (Morton White, 1956) e di affermazione del realismo giuridico, le prime battute di questo movimento si legano a due nomi e a due opere in particolare.

Il primo nome è quello di John Wigmore il quale, nel 1908, pubblica *A List of Legal Novels*, un catalogo di romanzi, essenzialmente di narrativa mo-

derna anglosassone, nei quali emerge la trattazione di tematiche giuridiche. La lista risponde all'idea di offrire al giurista uno strumento utile alla sua formazione e cultura, finalizzato a contemperare, nell'esercizio della professione legale, il tecnicismo del diritto con le esigenze di giustizia sostanziale presenti nella società e riflesses nella letteratura.

Il secondo nome è quello di Benjamin Nathan Cardozo, giudice prima presso la Corte d'appello di New York e poi presso la Corte Suprema degli Stati Uniti. Nel saggio *Law and Literature*, pubblicato nel 1925, Cardozo esamina le qualità letterarie del diritto, prospettando la possibilità di interpretare la sentenza del giudice estendendo i metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico.

Dal pensiero e dalle opere di Wigmore e Cardozo scaturiscono principalmente due filoni di analisi: il diritto "nella" letteratura (*Law in Literature*) e il diritto "come" letteratura (*Law as Literature*).

Sin dalle origini del movimento, con riguardo essenzialmente (anche se non esclusivamente) all'interpretazione del diritto, viene evidenziato anche il contributo della musica alla comprensione della dimensione giuridica. In proposito, Carla Faralli, nella sua relazione *Musica e diritto: percepire l'esigenza di armonia*, riprende gli studi di Jerome Frank, uno dei maggiori esponenti del realismo americano. Quest'ultimo affronta il tema del diritto e musica soprattutto in due saggi della fine degli anni '40 del secolo scorso: *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation* (1947) e *Say It With Music* (1948). L'idea di una simile riflessione gli è suggerita dalla lettura dello scritto *The Composer and the Interpreter* (1944) del direttore d'orchestra e musicologo austriaco Ernest Krenek, emigrato negli Stati Uniti dopo l'avvento del nazionalsocialismo.

Frank ravvede nell'attività interpretativa una forma d'arte e riconosce nella funzione del giudice il medesimo ruolo affidato all'esecutore di una composizione musicale. Infatti, come l'esecuzione di una partitura di musica non può mai essere meccanica o rendere in modo autentico le intenzioni del compositore, così l'applicazione delle regole giuridiche (siano esse leggi o precedenti giurisprudenziali) da parte del giudice impone un'attività interpretativa di tipo creativo, i cui esiti possono variare sensibilmente a seconda delle valutazioni effettuate nel corso del processo.

La musica non esiste fino a quando non è suonata e il compositore non può controllare completamente l'esecutore: è rispetto ad esso "un osservatore passivo". Il giudice ha addirittura più margine operativo, non limitandosi alla

lettura di uno spartito, bensì potendosi addentrare nella valutazione dei fatti. Nel corso di un processo, testimoni diversi possono riferire il medesimo fatto in altrettanti e persino confliggenti modi, lasciando ai giudici la difficile composizione di una “canzone particolare” in cui le norme sono la musica e i fatti sono le parole. Come per la musica, conclude Faralli, i diversi elementi di un giudizio devono fondersi in un insieme armonico, la cui unicità deriva proprio dalla lettura e interpretazione dei fatti.

Negli stessi anni in cui il movimento *Law and Literature* si diffondeva negli Stati Uniti e fiorivano parallelamente ad esso riflessioni sui temi del diritto e musica, il dibattito italiano, ben lontano per tradizione e cultura giuridica, ne subiva comunque importanti influenze negli studi, ad esempio, di Brunello, Cogliolo, Ascoli, Levi, Calamandrei, Pergolesi e Carnelutti.

Il raffronto tra musica e diritto interessò soprattutto Salvatore Pugliatti e Emilio Betti, i quali presero parte ad una discussione sulla natura dell’interpretazione giuridica, a partire da un’indagine sull’interpretazione musicale condotta da un famoso musicologo, Guido Gatti, e pubblicata sulla Rassegna musicale del 1930.

Salvatore Pugliatti, che – ricorda Faralli – fu per un trentennio anche titolare di una cattedra di Storia della musica, nel suo saggio *L’interpretazione musicale*, evidenziò importanti aspetti di somiglianza tra i due tipi di interpretazione, rilevando che, anche in ambito musicale, “i segni del testo possono essere solo un veicolo attraverso il quale l’interprete può pervenire alla piena intelligenza dell’idea che mosse il compositore. L’interprete, poi, se vuole rievocare o ricreare l’opera del compositore o di qualsiasi altro artista, deve trovare quell’unica e inedita parola che esprime il mondo dei propri sentimenti, del quale è entrata a far parte anche l’opera da interpretare, divenuta anch’essa un momento della sua esperienza. L’interprete non è mero esecutore di un’opera altrui ma è protagonista nel processo di creazione dell’opera artistica”. Se così è, riprende Faralli a conclusione, nel mondo della musica si pongono problemi ed esigenze analoghe a quelle poste dall’interpretazione giuridica: “da un lato la richiesta di fedeltà al testo, che andrebbe verso un’interpretazione letterale, dall’altro l’attenzione dell’interprete a partecipare alla realizzazione di un progetto normativo”.

Diversamente, per Emilio Betti che, come noto, nella sua opera monumentale *Teoria generale dell’interpretazione* fu fautore dell’idea di oggettività del significato della norma giuridica, “l’obiettivo dell’interprete è farsi tutt’uno con l’autore dell’opera”. L’interprete musicale si pone come interme-

diario tra l'opera d'arte e il pubblico e ha la funzione di “trasmettere all'ascoltatore l'originaria intuizione artistica del compositore”, cercando a tal fine la “perfetta sintesi armonica-dialettica tra il momento creativo del compositore e il momento ri-creativo dell'interprete”.

Gli sviluppi più recenti del movimento diritto e musica – ricondotto ormai negli Stati Uniti nel più ampio *Law and Humanities Movement* – hanno conosciuto diverse declinazioni e manifestato un crescente interesse anche per gli aspetti del diritto “nella” musica. Oltre all'importante filone *Law and Opera* (oggetto, in Italia, di una recente pubblicazione collettanea curata da F. Annunziata e F. Colombo, suddivisa in tre sezioni: *Law in Opera*, *Law as Opera* e *Law around Opera*), alcuni studi dell'ultimo decennio hanno preso in esame i più svariati generi musicali – dal rock, al pop, al rap e alla musica di protesta – al fine di evidenziare in essi rappresentazioni e significati giuridici. Ad esempio, sono state oggetto di analisi le canzoni, negli Stati Uniti, di Bob Dylan e Bruce Springsteen, in Italia, di De André e Gaber. Ancora diverso il caso degli inni nazionali, oggetto di attenzione, in Italia, soprattutto da parte di Giorgio Resta.

Carla Faralli conclude la sua relazione osservando come, a differenza di quanto non avvenga per diritto e letteratura, da sempre di interesse per i letterati oltre che per i giuristi, il rapporto tra musica e diritto sia stato fino ad oggi oggetto di scarsissima attenzione da parte dei musicisti. Ricorda un'unica eccezione, seppur di elevato livello: il recente dialogo sull'interpretazione tra Mario Brunello e Gustavo Zagrebelsky, pubblicato nel 2017 con il titolo *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*.

La ripartizione diritto “nel” e diritto “come” si ripropone anche con riguardo al teatro. Lo sottolinea Alberto Vespaziani in apertura alla sua presentazione *Quando il teatro mette in scena il diritto*.

Il teatro pone in luce assai spesso elementi del diritto, divenendo per questo oggetto di analisi giuridica. Basti pensare a Shakespeare e ai numerosi studi che lo hanno riguardato. In tal senso, ricorda Vespaziani, “le opere teatrali possono veicolare contenuti e forme di vita del diritto in un modo più profondo e radicato di quanto possano fare leggi, sentenze o trattati dottrinali”.

Al contempo, il diritto può essere esso stesso osservato nella sua teatralità. Cosa c'è in fondo di più teatrale di un processo penale? Teatro e diritto condividono il concetto di rappresentazione, l'aspetto performativo, e Vespaziani ne offre al pubblico un assaggio, recitando un frammento tratto da *Lo Cunto de li Cunti* di Giambattista Basile.

Il racconto si rivolge ai bambini, descrivendo un mondo fiabesco che, diversamente dalla letteratura realista, offre finali ottimistici in cui trionfano giustizia e verità. Le fiabe del *Lo Cunto*, spiega Vespaziani, “permettono una lettura in controluce dei valori dominanti nell’Italia meridionale del XVII secolo e, nello stesso tempo, delle dinamiche eterne della giustizia e del potere, della politica e del diritto”. In particolare, nel *Trattenimento sesto della Iornata Quarta*, intitolato *Le Tre Corone*, recitato da Vespaziani, si affrontano i temi della sovranità e della continuità dello Stato, della tensione costante tra menzogna politica e verità giuridica, tra elemento maschile del controllo e elemento femminile della riproduzione. Emergono, inoltre, svariati elementi connessi ai temi della successione dinastica, della punizione e del diritto di difesa.

4. *Raccontare la dimensione umana e dare forma all’ingiusto. Narrativa e immaginazione del diritto*

La narrazione della dimensione umana, per il tramite della sensibilità artistica, contribuisce alla comprensione della dimensione giuridica. Lo dimostra Maria Paola Mittica nella sua relazione *Letteratura, cinema e diritto: narrare la dimensione umana per comprendere la dimensione giuridica*, a partire da un brano tratto dall’opera di Robert Musil, *L’uomo senza qualità* (tr. di A. Rho, Torino, Einaudi, 1972, Vol. I, pp. 629-630).

Musil racconta della dimensione umana, evidenziando la necessità per l’uomo di ordinare narrativamente la propria esistenza. “Quasi tutti gli uomini sono dei narratori”, osserva. La narrazione serve agli uomini per dare un senso compiuto alla propria esistenza, per ordinare la propria esperienza. Quel che tranquillizza è “quell’ordine normale che consiste nel poter dire: ‘dopo che fu successo questo accadde quest’altro’”; “è la successione semplice, il ridurre a una dimensione, come direbbe un matematico, l’opprimente varietà della vita”; “infilare un filo, quel famoso filo del racconto di cui è fatto anche il filo della vita, attraverso tutto ciò che è avvenuto nel tempo e nello spazio”.

La narrazione non è tuttavia un processo soltanto individuale; al contrario, essa non può prescindere dalla dimensione relazionale e dal riferimento al contesto sociale. Come evidenziato dalla riflessione portata avanti nell’ultimo trentennio dalla psicologia culturale (vedi in particolare gli studi

di Andrea Smorti), il pensiero narrativo, a differenza di quello paradigmatico deputato al ragionamento scientifico, non soltanto emerge per primo, nelle prime fasi di sviluppo cognitivo, ma nasce dall'interazione con l'altro. La comunità è essa stessa narrativa, sottolinea Mittica; si realizza, infatti, grazie alla "messa in comune di storie individuali che si dispongono a confluire in un racconto con-divisibile".

Se osserviamo il mondo attraverso le lenti della narrazione, prosegue Mittica, non possiamo che osservare la nostra realtà come "un contesto che si scompone e ricompone attraverso combinazioni narrative", delle quali siamo a volte narratori, a volte personaggi.

La dimensione giuridica non può prescindere da tutto questo. Il diritto è parte di un contesto narrativo. Citando Robert Cover, ripreso da Mittica, "nessun insieme di istituzioni o di prescrizioni giuridiche può esistere al di fuori delle narrazioni che lo colloca in uno spazio e lo dota di significato. Per ogni costituzione c'è un'epica, per ogni decalogo una scrittura. Una volta compreso nel contesto delle narrazioni che gli attribuiscono significato, il diritto diviene non solo un sistema di regole da osservare, ma un mondo nel quale viviamo" (*Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, (a cura di) M. Goldoni, 2008, pp. 17-18).

Il racconto giuridico può essere racchiuso in una fattispecie normativa. Quella penale, in particolare, può essere considerata una microstoria; è in fondo una forma di narrazione realistica di dimensioni ridotte che, descrivendo in poche parole una condotta, consente normalmente di evocare delle immagini.

Michele Papa, nella sua relazione *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*, descrive la fattispecie penale come una sorta di profezia visionaria sull'avvenire giuridicamente significativo: il legislatore identifica la forma di un fatto che, verificandosi nel futuro, produrrà conseguenze per il diritto.

Gli esempi sono molteplici; si pensi al furto (art. 624 cod. pen.), alla violazione di domicilio (art. 514 cod. pen.), alle lesioni personali (art. 582 cod. pen.): la narrativa produce immagini mentali. Ma qual è l'oggetto dell'immaginazione? Come può l'immaginazione produrre l'immagine che attraverso le parole arriva alla nostra mente?

Michele Papa individua due diverse modalità.

La prima è quella di fotografare l'ingiusto, in tutte le sue circostanze, nei suoi fatti specifici, per poi documentarlo nella sua cinesica reale, cioè con

la velocità del tempo in cui le cose accadono nella realtà. I reati più tradizionali (come ad esempio il furto) assumono questa struttura ritrattistica dell'accadere: la fattispecie non fa altro che rispecchiare – ritrarre, appunto – una forma di condotta che è già ben chiara e presente nella coscienza sociale, attribuendo ad essa un significato univoco.

Tuttavia, non sempre un simile risultato è possibile; non sempre la forma è univoca o corrisponde all'ingiusto. Basti pensare ai reati fraudolenti: potremmo dire che “non si vedono”. Si sviluppa quindi una seconda modalità, che Papa chiama “sceneggiatura dell'ingiusto”. Come avviene nella narrativa, nella cinematografia, nella letteratura, l'ingiusto viene reso con un tempo e con delle forme che non sono necessariamente speculari rispetto all'accadere storico, bensì sono frutto di una sintesi creativa dell'artista. L'ingiusto pro-teiforme o invisibile viene reso mediante una serie di scene.

I reati di più recente introduzione sono sempre più difficili da rendere visivamente, anche con questa seconda modalità (ad es. il reato di stalking). Si tratta assai spesso di fattispecie che provano a recuperare segmenti di realtà, tuttavia senza riuscire ad individuare un tratto continuo che sviluppi un'immagine.

La domanda di fondo – rileva allora Papa – è se sia possibile utilizzare l'aspetto delle cose per ordinare il mondo giuridico. Quale sarà la fattispecie del futuro?

In effetti, le norme di recente formulazione prescindono da ogni intento figurativo, si sostanziano in un codice criptico il cui contenuto regolativo è definito in relazione ad altre definizioni. Lo sviluppo ulteriore di una simile tecnica normativa potrebbe essere la digitalizzazione (una sorta di codice a barre) dell'illecito. Si potrebbe altrimenti prospettare un recupero della visualità, attraverso gli strumenti audio-video della modernità: schemi di comportamento che l'Intelligenza Artificiale rileva in modo automatico. Infine, è immaginabile una terza via, forse più ermetica ma poggiata su una lunga tradizione, che rifugge dalla ritrattistica dell'accadere e cerca nell'idea, nell'*eidos*, una porta di comunicazione con l'invisibile, che nel nostro caso è l'ingiusto.

5. *Il diritto: arte o scienza? Note conclusive di Maria Rosaria Ferrarese*

Muovendo dalle arti figurative e ripercorrendo il contributo di letteratura, musica, teatro e cinematografia alla comprensione e costruzione della

dimensione giuridica, il Convegno si conclude interrogandosi sulla natura del diritto. Approfondire il rapporto fra le arti e la dimensione giuridica può costituire un modo per “identificare” il diritto, oltre che per raccontarlo. *Il diritto arte o scienza? O l'una e l'altra insieme?* La relazione di Maria Rosaria Ferrarese riporta all'attenzione del pubblico una domanda classica per il giurista, alla quale risponde attraverso la voce di Francesco Galgano.

Professore universitario, storico del diritto, avvocato e politico, Francesco Galgano non fu soltanto un insigne giurista, ma anche un apprezzabile pittore. Figura poliedrica e curiosa, nella varietà dei suoi tanti mestieri e talenti, egli riflette la complessità della natura del diritto. Un diritto sul quale Galgano ebbe più volte ad interrogarsi, nella contrapposizione tra una concezione dello stesso come *ars inveniendi*, suscettibile di offrire risposte certe ai problemi, ovvero come *ars combinatoria*, che si lega invece alla creatività e alla fantasia.

L'ambizione di ricondurre il diritto alla scienza, storicamente da sempre presente nel pensiero giuridico, se spinta nel perseguimento di una astratta e austera perfezione, rischia di impoverire il diritto. Quest'ultimo possiede certamente specificità tecniche, linguaggio e metodologie di analisi tali da rivendicare una propria autonomia e scientificità; tuttavia, esso è fortemente esposto alla storia ed è quindi mutevole rispetto al variare delle condizioni di tempo e di spazio.

Mai come oggi il diritto si mostra in tutta la sua complessità e natura composita; “un puzzle fatto di tante cose diverse”, sottolinea Ferrarese, che rende difficile fornire una risposta univoca all'interrogativo se possa o meno considerarsi una scienza.

L'incontro con le arti figurative, la musica, la letteratura, il cinema e il teatro contribuisce a far emergere la componente creativa e fantasiosa del diritto, a mostrare la variabilità delle sue espressioni, ciò che in esso è distonico o asimmetrico ma non per questo meno utile a riscoprire quella dimensione culturale che è anche sociale, e quindi umana.

Mario Rusciano

Umberto Romagnoli, *Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili*, Roma, Ediesse, 2018, pp. 334

1. Questo libro di Umberto Romagnoli ha un taglio storico-metodologico ed è denso di contenuti sui quali è utile riflettere: oggi più che mai, cioè nell'epoca in cui si mette in discussione l'essenziale funzione del diritto del lavoro, dei suoi valori e dei suoi canoni. Ritenuti, da alcuni anni, non più coerenti con la moderna concezione dei diritti, dei lavori e dei mercati. I quali ultimi, secondo le teorie economiche del "neo-liberismo", non possono non prevalere sui primi due.

Il taglio storico è quello centrale. Lo si evince già dal titolo del volume: "*Giuristi del lavoro nel novecento italiano. Profili*". R. ci fa entrare in una sorta di "Archivio Storico", di "Galleria", in cui ha sistemato i ritratti di alcuni giuslavoristi del secolo scorso, a suo parere meritevoli di essere ricordati per il rilievo assunto nella storia del diritto del lavoro. Ritratti costruiti nel tempo, talora in occasione della commemorazione di questi studiosi, specie quelli più giovani, scomparsi all'improvviso. Dei quali ha letto e riletto le opere.

Il taglio metodologico si coglie invece nella premessa. Che si apre con la citazione di Giovanni Tarello: celebre filosofo del diritto, scomparso troppo presto, che spesso R. a ragione cita nei suoi scritti. Tarello infatti ha profuso il suo ingegno negli studi di storia della cultura giuridica, raccogliendone in vari volumi (per i tipi del Mulino) i *Materiali*, fondamentali dal punto di vista storiografico. Proprio a Tarello devono molto i giuslavoristi della mia generazione e in parte anche quelli della generazione di R. (naturalmente più i "giuslavoristi della ricerca" che i "giuslavoristi del foro"). Infatti, con il libro, che fece epoca negli anni '70, su "*Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*" (del 1972), Tarello ha dato ai giuslavoristi un'importante "lezione", alla quale giustamente R.

intitola la premessa del suo libro. Una lezione di “filosofia del diritto del lavoro”, impartita attraverso il metodo: che in sostanza è sempre l’epifania (anche involontaria) della personalità scientifica del giurista. R. riporta a tal proposito un’eloquente frase di Tarello: “*poco si comprende del funzionamento dell’organizzazione gius-politica di un’epoca e di un paese, se non se ne conoscono gli operatori: tra questi, principalmente i giuristi*”. La “lezione di Tarello”, dunque, racchiude il senso profondo del volume di R. Lo dico sia perché ho visto nascere questo libro – grazie ai frequenti contatti con R. (per lo più telefonici e telematici) – sia perché ne condivido la scelta, convinto come sono che, per capire il diritto, occorre partire dalla storia. Infatti il giurista, che per natura interroga il suo tempo, non può far bene il suo mestiere se non conosce le origini storiche dei vari e complessi processi che poi scandiscono l’andamento della contemporaneità. E siccome, come dice Tarello, “*una storia del diritto deve praticare il genere letterario della biografia intellettuale*”, R. fa tesoro di questa lezione. Del resto è noto che la storia lo ha sempre appassionato: già dieci anni or sono pubblicò “*Giuristi del lavoro: percorsi italiani di politica del diritto*” (Ed. Donzelli), in cui traccia le fondamentali linee evolutive del diritto del lavoro rileggendo la vita e l’opera di alcuni dei suoi protagonisti. Adesso qui fa la storia del diritto del lavoro richiamando l’attenzione sui giuristi che per lui più hanno segnato la letteratura giuslavoristica dello scorso secolo e del primo decennio del nuovo. (Di costoro, anzi, nell’appendice del libro, traccia pure la biografia).

R. non manca inoltre di alludere al singolare rapporto di reciproca influenza tra la dottrina (“mediatrice intellettuale”) e la giurisprudenza – da quella di merito a quella di legittimità e a quella costituzionale – ma lo fa con una notazione che vale la pena segnalare: “...sarebbe una sciocchezza affermare che la coppia [dottrina e giurisprudenza] funziona perfettamente”. Se è vero infatti “che la giurisprudenza non può fare a meno della dottrina”, è vero anche “che il loro dialogo non lusinga la seconda più di quanto non metta in soggezione la prima”. Questo perché “la giurisprudenza è in grado di liquidare una buona dottrina nella stessa misura in cui è in grado di premiarne una cattiva”.

2. La struttura del libro è molto semplice, direi elementare, in quanto segue la periodizzazione classica del diritto del lavoro: che, più di ogni altro ramo dell’ordinamento, finisce con l’essere un sismografo del contesto non

solo economico, ma anzitutto politico e socio-antropologico delle varie epoche storiche.

a) il periodo pre-corporativo coincide con la fase dominata dall'ideologia liberale. Per la quale il diritto del lavoro viene considerato una provincia minore del diritto civile. E difatti qui s'incontra anzitutto **Ludovico Barassi**, che per primo ricostruisce il contratto di lavoro come una specie del contratto di locazione, senza tener conto della (pur timida) legislazione sociale, nata sull'onda delle organizzazioni collettive e delle proteste degli operai della prima industrializzazione, alle quali Barassi non attribuisce grande rilievo.

Seguono Francesco Carnelutti, Giuseppe Messina ed Enrico Redenti. **Francesco Carnelutti** viene da R. citato già nel profilo di Barassi. Carnelutti infatti, [amando] "in gioventù comportarsi da *enfant terrible*", accusa Barassi d'indifferenza rispetto allo scompiglio portato nell'ordinamento dalle nuove normative sul lavoro. Carnelutti, celebre per la sua poliedricità, è molto presente sulla scena dottrinale anche nel periodo corporativo, non senza alcuni atteggiamenti da camaleonte. Molto breve è il profilo di **Giuseppe Messina** perché di questo giurista si sa poco. Di solito egli viene ricordato per una sua monografia sui "concordati di tariffa", molto citata da chi si occupa di contrattazione collettiva, perché è la prima a occuparsi dei concordati, considerati in seguito i prototipi dei contratti collettivi. Di **Enrico Redenti**, che è un famoso processualcivilista, si ricorda il suo amore giovanile per il diritto del lavoro, che lo porta a compiere quell'opera straordinaria che è il "Massimario della giurisprudenza probivirale", introdotto da una famosa relazione che, per il suo spessore logico-concettuale, farà da illuminante battistrada a orientamenti successivi, legislativi e giurisprudenziali. Redenti peraltro continua a frequentare la materia lavoristica: prima nella Rivista di Diritto Commerciale e poi, dopo un lungo silenzio, nella Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Qui, per esempio, si occupa del distacco delle aziende pubbliche dalle associazioni imprenditoriali private, disposto da una discussa norma della legge del 1956 istitutiva del Ministero delle Partecipazioni statali. Una vicenda a suo tempo molto rilevante per le implicazioni politico-economiche e per l'influenza sulle relazioni industriali, il cui sistema contrattuale andava formandosi proprio nella seconda metà degli anni '50. Basti pensare che, dall'autonomo associazionismo delle imprese pubbliche, ha origine la contrattazione decentrata, destinata col tempo a diventare un pilastro del sistema sindacale.

b) Al periodo corporativo R. dedica soltanto uno “sguardo d’insieme”, perché ritiene i giuristi di quel periodo troppo impregnati dell’ideologia politica del fascismo e troppo intenti a celebrarne le magnifiche sorti e progressive. Rilievo esatto, ma non in assoluto: perché è giusto dire che nel periodo corporativo non mancarono giuristi di vaglia di estrazione liberale, che subirono il fascismo non potendosi esprimere in piena libertà. E difatti è noto che soprattutto le norme del codice civile sul contratto individuale di lavoro sono in fondo di stampo liberale, benché riverniciate di spirito corporativo. A ogni buon conto, anche queste pagine di R. sono, oggi come oggi, di indubbio interesse, non solo storico.

3. c) Quando il libro affronta il periodo post-costituzionale, e si avvicina così a tempi più recenti, risulta addirittura avvincente. Fa vivere i travagli attraversati dal diritto del lavoro fin dall’origine: palleggiato dal diritto privato al diritto pubblico (corporativo) per poi far ritorno al diritto privato, prima di assumere una sua più chiara identità e costruire un proprio statuto epistemologico. Si apre giustamente con il profilo di **Francesco Santoro-Passarelli**, un civilista di razza, cattolico liberale, artefice della non poco faticosa vittoria dei privatisti sui pubblicisti nella lotta per appropriarsi del diritto del lavoro post-costituzionale: sia per quel che riguarda il contratto di lavoro, sia per quanto attiene all’ordinamento sindacale, rinvigorito dalla centralità della concezione costituzionale dei corpi intermedi accolta da Santoro-Passarelli. Attraverso un percorso che mette assieme rigore giuridico e apertura al sociale, Santoro-Passarelli infatti valorizza la tutela del lavoratore nello scambio contrattuale – quando, per esempio, afferma che, mentre nei contratti sono in gioco i “beni”, nel contratto di lavoro è in gioco la “persona” – e nello stesso tempo valorizza il protagonismo sindacale. Per un verso in tutti i suoi studi (e fino a tutti gli anni ’80) Santoro-Passarelli si dimostra sensibile ad accentuare, di fronte agli eccessi del positivismo giuridico, la rilevanza dei “fatti sociali”, destinati a diventare regole in quanto sostenute dall’ampio consenso delle forze sociali che ne fanno oggetto dei loro accordi. Per un altro verso (certo senza saperlo) Santoro-Passarelli apre la strada all’elaborazione successiva, da parte di Gino Giugni, della teoria euristica dell’ordinamento intersindacale.

Di non minore interesse sono le pagine dedicate a **Luigi Mengoni**, che R. definisce “un precettore dialogante”. Mengoni è un altro civilista di grandissima statura, anch’egli di formazione cattolica e mosso dalla particolare

sensibilità alla rilevanza della “persona” nel contratto di lavoro e dei “valori” che racchiude. Perciò dà al diritto del lavoro importanti contributi, ne guarda con rispetto l’autonomia e anzi ne pone in luce l’influenza che può esercitare sullo stesso diritto civile. Nega però che si possa tagliare di netto il cordone ombelicale tra il diritto civile e il diritto del lavoro: due branche distinte, ma continuamente dialoganti. **Federico Mancini** è “un intellettuale liberal-socialista”, la cui cultura lo pone nella condizione, da un lato, di legare la dogmatica giuridica e la politica del diritto e, da un altro lato, di affiancare agli studi una gran voglia di operare sul piano politico-istituzionale. Non a caso, negli anni ’60, Mancini, assieme a Gino Giugni, fa compiere uno straordinario salto metodologico agli studi del diritto del lavoro arricchendone l’apparato epistemologico: sia ridisegnandone i caratteri fondamentali, sia allargandone i confini. Fino a quando, dopo aver creato una scuola – cui contribuiscono Giorgio Ghezzi, lo stesso Romagnoli e Luigi Montuschi – decide di dedicarsi al diritto europeo: prima da avvocato generale e poi da giudice della Corte di giustizia della Comunità Europea. **Gino Giugni**, per R., è il “compagno professore”. Su Giugni le pagine, oltre che lucide e talora commoventi, sono numerose e non sintetizzabili. Ma ciò non sorprende per due ragioni: sia perché il rapporto tra Gino e Umberto – del quale ho avuto la fortuna di essere a volte testimone diretto e di trarre insegnamenti indimenticabili – è sempre stato umanamente forte e scientificamente fruttuoso, benché dialettico; sia perché, dal noto sodalizio tra Giugni e Mancini, ripeto, nascono gli *essentialia* del nuovo sistema giuslavoristico post-costituzionale. Senza dimenticare che a Giugni, dopo la valorizzazione della realtà sindacale per elaborare la teoria dell’ordinamento intersindacale (nella monografia *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*), si deve, alla fine degli anni ’60, la paternità della legge 300 del 1970. Vale a dire di quel famoso “Statuto dei diritti dei lavoratori”, che può considerarsi, semplificando, la traduzione, in una legge dello Stato, della logica dell’ordinamento intersindacale teorizzato in precedenza. Una legge che costituisce uno spartiacque (anche nella visione di R.) tra vecchio e nuovo diritto del lavoro post-costituzionale. Che è poi il regime nel quale, non si sa per quanto tempo e nonostante la preoccupante destrutturazione in atto, ancora oggi bene o male ci troviamo a operare.

Dalle pagine su **Giuseppe Pera** traspare il buon rapporto personale che R. aveva con Pera, ma anche la chiara diversità di metodo di studio, dal momento che Pera – giunto all’università dalla magistratura e avendo sempre fatto l’avvocato oltre al professore – è incline più alla riflessione casistico-

giudiziaria, o se si vuole “forense”, che a quella per così dire prevalentemente “filosofica”, più coerente con il percorso intellettuale di R.. **Giorgio Ghezzi**, studioso di acuta intelligenza e di spiccata sensibilità sociale, viene da R. definito “un idealista senza illusioni”. Di Ghezzi R. pone in luce il frequente dilemma tra la sua ricerca scientifica (in cui spicca il connubio tra rigore giuridico e apertura sociale) e il suo impegno politico-istituzionale (assessore al Comune di Bologna; parlamentare della sinistra; Commissario di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali). Comunque Ghezzi, da tutte queste postazioni, occupate sempre con autorevolezza, ha continuato a dare raffinati contributi al diritto del lavoro.

4. *d)* L'ultima parte del volume è dedicata agli studiosi del dopo-statuto. Studiosi tutti giovani e di grande valore, nostri amici più o meno vicini, ma carissimi, dei quali si avverte la mancanza. Ci hanno lasciato molto prematuramente: chi per malattia (Gianni Garofalo e Massimo Roccella); chi per sua volontà (Gaetano Vardaro); chi per mano del folle terrorismo delle BR (Massimo D'Antona e Marco Biagi). Essi hanno però avuto il tempo non solo di dare al diritto del lavoro notevoli apporti scientifici, ma di impegnarsi pure direttamente nella politica, nel sindacato e nelle istituzioni. Anzi, D'Antona e Biagi hanno pagato con la vita il loro impegno istituzionale. Tutti hanno affrontato aspetti centrali della nostra materia: dalla storia giuridica (non solo italiana) alle interpretazioni, acute e originali, del diritto positivo; dalla comparazione giuridica all'ordinamento dell'Unione Europea. Hanno dato molto, ma purtroppo non tutto quanto avrebbero potuto dare.

Le pagine dedicate a questi giovani colleghi risentono della malinconica tenerezza dell'anziano Maestro: dal quale essi, chi più chi meno, hanno tratto insegnamenti e che ora, delle loro opere, coglie la diversità di metodo, l'influenza dell'ambiente (non solo) accademico in cui si sono formati e la cifra intellettuale. R. ricorda, di ciascuno, il cuore dell'apporto dottrinale fornito al diritto del lavoro.

Il colloquio scientifico tra R. e **Gaetano Vardaro** è stato sempre molto intenso, amichevole e dialettico. Vardaro viene ritratto da R. come “una personalità intellettualmente irrequieta e culturalmente insoddisfatta”, la cui “avidità di sapere” [lo] “costringeva a sfidare continuamente se stesso”. Sicché non per “mero accidente” a lui, tra l'altro, è “toccato introdurre i giuristi del lavoro alla conoscenza dell'esperienza della Repubblica di Weimar. Un'esperienza

importante, che però è stata in pratica ignorata dai giuslavoristi, “benché ne fosse documentabile la valenza fondativa del moderno diritto del lavoro”.

Di **Massimo D’Antona** così R. descrive le “due costanti della vasta produzione”. La prima: “Massimo pensava scientificamente e mostrava con semplicità”. La seconda: “Massimo credeva nella forza non-violenta della parola. Per questo, anche quando affrontava le questioni più infuocate, il suo linguaggio non era percussivo. Voleva essere, ed era, solamente persuasivo. Pacatamente persuasivo”. Forse per questo D’Antona ha potuto “collocare le questioni centrali del diritto del lavoro all’interno di coordinate storico-culturali all’altezza della posta in gioco”, affrontare cioè le tematiche di fondo di questo “diritto a misura d’uomo”: la sfida delle differenze rispetto alle regole *standard* del lavoro; il problema cruciale della “rappresentanza generale del lavoro e la riscoperta del rappresentato”, partendo dal “non-detto” dello Statuto dei lavoratori. Del resto, voglio qui ricordare, non a caso la cultura e la personalità di Massimo facevano sì che egli riscuotesse la fiducia di sindacati, imprenditori e istituzioni: tanto da avventurarsi nei difficili percorsi di una sana concertazione sociale, caduta con lui sotto gli spari dei terroristi.

Ricordando le opere principali di **Marco Biagi** – sulle regole del lavoro nelle piccole imprese e sulle cooperative di produzione e lavoro – R. ne ricostruisce sia l’ambiente bolognese della sua formazione, sia il suo lento (ma sostanziale) allontanamento dalla tradizionale funzione del diritto del lavoro dopo il periodo trascorso in Giappone e la “crescente adesione alla cultura anglo-americana”. Da queste esperienze deriva l’immersione di Biagi nella comparazione giuridica, che per lui – afferma R. – è “uno strumento di cui servirsi per allestire e riordinare un vasto repertorio di idee che hanno il pregio di porgersi sotto forma di tecniche pronte per l’uso tra le quali è dato scegliere la più conveniente”. E così, a chi rimpiange il tempo dell’evoluzione concessivo-acquisitiva del diritto del lavoro, Biagi “(ma non solo lui), obietta che il diritto del lavoro è rimasto vittima del suo successo nella misura in cui ha prodotto effetti contro-fattuali”. Perciò egli, secondo R., assume “un’ottica che privilegia la natura strutturalmente compromissoria del diritto del lavoro e ne enfatizza la cedevolezza alle pretese imperialistiche dell’economia di mercato”. Si dedica perciò alle “proposte *de iure condendo*”, che per lui “avevano una valenza direttamente e immediatamente politica”. Tanto da diventare, nella visione omicida dei terroristi, un simbolo – da abbattere – della trasformazione del diritto del lavoro.

Gianni Garofalo viene da R. ricordato come uno studioso che si

muove “tra disincanto e ragionevoli utopie”. Ma a R., come a quanti lo conobbero, manca anzitutto “il calore dell’amicizia” di Gianni Garofalo, la “pacezza della sua comunicativa, l’autenticità della sua parola, la forza tranquilla del suo sguardo e il conforto della sua trasparente lealtà”. Sono i tratti di un cattolico comunista (non di un dispregiativo “cattocomunista”), che fonda tutta la sua elaborazione politico-culturale sulla pietra angolare dell’eguaglianza sostanziale sancita nel secondo comma dell’art. 3 della Costituzione. Un valore che “non può rispecchiarsi nella realtà se non con la gradualità del contrastato processo di giuridificazione della tensione dialettica tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, della quale la nascita del diritto del lavoro aveva offerto una prima, timida testimonianza”. Un processo non facile, che presuppone la consapevole integrazione, nel mondo del lavoro tra “individuale” e “collettivo”. “Un collettivo organizzato e strutturato. Il sindacato”. Al quale non a caso Garofalo ha dedicato il suo impegno: non solo di studioso, ma pure di operatore.

Apprendone il ricordo, R. riporta quanto **Massimo Roccella** – definito “uno studioso civilmente impegnato” – disse di se stesso parlando della sua scelta di occuparsi del diritto del lavoro. Soltanto il diritto del lavoro – diceva Roccella – “è così vivo e pulsante” e “ha un legame così stretto con la storia e gioca un ruolo così strategico negli equilibri dei paesi democratici”. Questa frase consente a R. di ricordare che “anche per Massimo lo studio del diritto del lavoro è stato molto più che un mestiere”. E aggiunge che “senza un’autentica passione per lo studio del diritto del lavoro e le sue vicende, Massimo non avrebbe potuto affrontare e gestire uno *stress* angosciante come quello che non poté non procurargli la designazione a succedere a Massimo D’Antona nell’incarico di consigliere giuridico del ministro del lavoro del governo D’Alema”. Del resto R. è convinto che “la politicità che percorre il diritto del lavoro, la valenza meta-giuridica delle sue categorie fondative e il suo impatto sulla vita quotidiana dei comuni mortali trasmettono *input* che premono per essere ammessi nel sapere specialistico del giurista e lo sollecitano ad accorciarne le distanze dalla realtà del suo tempo”.

5. Il libro si conclude con un ossimoro: “ritorno al futuro”. In realtà quest’ultima parte racchiude la *summa* del pensiero di R. sulla fase attuale della disciplina – non a caso intitolata “Dal diritto del lavoro ai diritti dei lavoratori” – che si apre con “un po’ di pulizia linguistica”, perché “diritto

del lavoro è un accostamento di parole che dice troppo e, al tempo stesso, troppo poco” ed è “anche un’espressione reticente”. Infatti “l’amore per la specie fa perdere di vista il genere”. Nel senso che il diritto del lavoro, nato per la tutela “dei lavoratori dipendenti tendenzialmente stabili”, tiene poco conto non solo dei lavoratori autonomi, ma anche dei tanti lavoratori che prestano la loro opera nelle forme più diverse, spesso di difficile inquadramento perché fintamente “indipendenti”. Qui R. ripercorre le più recenti e travagliate vicende della “subordinazione” e delle varie modalità di “collaborazione”, che le varie leggi degli ultimi venticinque anni hanno introdotto, sconvolgendo l’assetto del diritto del lavoro. Mentre infine, parlando della tensione tra “individuale” e “collettivo” – punto cruciale del sindacalismo storico affermatosi sotto l’egida delle grandi confederazioni – si sofferma sul (non sempre chiaro) legame tra “lavoro” e “cittadinanza” e sull’ambiguo passaggio “dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriale”. Fino a considerare le attuali organizzazioni e le politiche sindacali troppo condizionale dalla realtà del settore industriale e quindi inadeguate ad abbracciare la complessa e sfaccettata realtà del lavoro negli altri settori, per la quale i sindacati sono impreparati.

6. Questo libro è molto utile per capire criticamente la nascita, la crescita e la crisi del diritto del lavoro. Si condividano oppure no le posizioni di R., va detto che esse sono sempre espresse con rigore logico e ampie argomentazioni. Sicché s’imparano comunque molte cose: persino se l’autore eccede nel pessimismo e pare talora cedere a una inespressa nostalgia. Come quando arriva a dire di mettere in gioco un “segmento significativo del [suo] stesso processo di formazione”. Va aggiunto che il libro si legge molto volentieri: R. per natura rifugge dal linguaggio giuridico di natura burocratico-forense, adatto più a trattare le controversie giudiziarie che a condurre una ricerca approfondita. Il suo è un linguaggio sempre letterariamente gradevole e a volte divertente: con le sue metafore e le sue parabole che rivelano la cultura ad ampio raggio dell’autore: dalla letteratura alla storia; dallo sport al cinema. Perciò nelle pagine del libro si colgono importanti insegnamenti per gli studiosi del Diritto del lavoro: di stile, di metodo e di merito. Si potrebbe dire che R. *ridendo castigat mores*.

La lettura del libro va consigliata soprattutto ai giovani e specialmente ai laureandi e ai dottorandi per affinare lo spirito critico e ancora prima la

conoscenza storica di una disciplina in rapida e disordinata trasformazione. Sarà pure un paradosso, ma da questa lettura s'impara molto proprio mentre R. conclude: "sto imparando a disimparare, almeno in parte, ciò che prestigiosi giuristi-scrittori del 900 mi avevano insegnato". Suggesto ai giovani studiosi di imparare da lui: almeno per ora, perché poi a disimparare avranno tutto il tempo che vogliono.

Floriana Coppola
Infinitoslam

Nel 1819 Giacomo Leopardi scrisse il suo testo più famoso “L’infinito”, che ha dato vita a una “poesia moderna malinconica e sentimentale, espressione di una sensibilità più ardita, filosofica, matematica e insieme indefinita” (Pietro Citati, *E il poeta credè l’infinito, ne la Repubblica* del 27 settembre 2019). Nel film di Ettore Scola *Treviso Torino, viaggio nel Fiatnam*, (vedi *DLM*, 2019, n.1) il regista fa leggere L’infinito agli operai che frequentano i corsi serali per impossessarsi della cultura borghese. La poesia che segue, costruita intorno a un ritmo slam, è stata scritta e recitata durante la presentazione del film citato nella versione digitale restaurata nel 2018, a Treviso nel Centro Culturale Scola.

Infinitoslam. Floriana Coppola

Sempre caro mi fu quest’ermo colle
e tra le cose del paese cinto di neve
misi nella valigia come lui volle
il pezzo di carta del diploma, il fiato caldo delle sere
e questa siepe che l’ultimo orizzonte esclude
questi vicoli bagnati dalla pioggia di novembre
queste zolle rivoltate dalla fame che spinge verso nord
questo mondo bambino che ho toccato
lascio alle spalle, ficcando nello zaino
il dizionario sciupato di mia madre
gli occhi normanni di mio nonno
sul tetto il canto stordito degli uccelli
ma sedendo e rimirando intermittenti spazi e sovraumani silenzi

mi allontanano con il vertice del sud che preme in petto
 bisturi e cisterna immacolata, piazza e giardino che non sboccia
 sento appena nata e già precaria, *profondissima la quiete*
 immensa questa roccia dove si siede la montagna
 che accoglie la grande chiesa, i poderi, le vigne
 e i filari verdi in distesa, *io nel pensiero mi fingo*
 come in una nicchia addormentato e perso
 nel vagone numero dieci, posto quaranta
 guardando il finestrino appena ombrato
 dalla nebbia fitta del mattino, penso a Milano
e si ghiaccia il sangue nelle vene e per poco il cor non si spaura
 tocco la bruma sul vetro e penso alla fatica che dovrò fare
 in fila tra le persone stipate in branchi per avere
 la tessera di partito, del sindacato, il foglio del cassaintegrato
 la busta gialla per l'affitto da pagare e le bollette
a questa voce vo comparando
 al mormorare stanco della gente, che torna nella metro dal mercato
 al calpestio del primo corteo per le strade
 al brusio costante della catena di montaggio
 al vento che fischia nel mio bosco a maggio
 al chiasso degli ambulanti nelle contrade
e mi sovviene l'eterno e le morti stagioni
 e mio padre chino a raccogliere legni e rovi
 e la mia donna che non ho amato abbastanza
 e i poster in bianco e nero di Marx, dei Pink Floyd, di Che Guevara
 attaccati con i chiodi nella mia stanza
 a questa terra ancora così avara
 ai figli lasciati andare in greggi e stormi
 a questa nostalgia che mi percuote
 al pensiero di te che non ritorni
 al fumo nero delle ciminiere
 a quello chiaro dei camini irpini
così tra questa immensità s'annega il pensier mio
 e naufragar è amaro in questo mare

Floriana Coppola vive e lavora a Napoli, docente di Lettere negli istituti statali superiori, counselor professionista, specializzata in Analisi Transazionale e Psicologia Esistenziale, perfezionata in Didattica e Cultura di genere e in Scrittura autobiografica, fa parte della Società Italiana delle Letterate. È presente in varie antologie. Le sue opere di poesia: *Il trono dei mirti*, ed. Melagrana onlus, 2005; *Sono nata donna*, Boopen Led, 2010; *Mancina nello sguardo*, LaVita Felice, 2012; *Femminile Singolare*, Homo Scrivens, 2016; *Cambio di stagione e altre mutazioni poetiche*, Oedipus, 2017; *La faglia del fuoco*, Ed Laboratorio di Nola, 2019. I suoi romanzi sono: *Vico Ultimo della Sorgente*, Homo scrivens, 2012; *Donna Creola e gli angeli del cortile*, La Vita Felice, 2014; *Aula Voliera*, Oedipus, 2019.

