

ANNO XVII

R/B - IV - 1

ISSN 1126-5760

# ADL



## ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

4-5/2012

**Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore  
e il prudente conservatore**

**Fatto e valutazione giuridica  
del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.**

**La riforma Fornero**

**Equilibrio tra rigidità e flessibilità nella legge n. 92 del 2012**

**La famiglia nel diritto del lavoro**

**Il diritto del mercato del lavoro postmoderno**

**Il lavoro autonomo dopo la riforma Monti**

**Merito o gioco delle tre carte?**

Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione -  
Decurtazione stipendiale e malattia del pubblico dipendente - Effettività della formazione  
nel contratto di apprendistato - Certezza delle regole processuali vs. obiezione  
di retroattività - Tipizzazione del "contratto di esternalizzazione" - Fondi pensione,  
contrattazione collettiva e trasferimento d'azienda - Giustificato motivo oggettivo  
ed obbligo di riqualificazione del lavoratore - Controllo datoriale sulla posta elettronica  
del lavoratore - Criteri di scelta nella cassa integrazioni guadagni straordinaria -  
Rapporto tra Cassa edile, datore di lavoro e lavoratore - Richiesta di ferie e silenzio  
del datore - Potere/dovere di controllo del datore di lavoro



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2012

INDICE-SOMMARIO N. 4-5/2012

PARTE PRIMA

SAGGI

FRANCO CARINCI, <i>Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)</i> .....	pag. 773
ADALBERTO PERULLI, <i>Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi</i> .....	» 785
FRANCO CARINCI - MICHELE MISCIONE, <i>La « riforma Fornero » (L. n. 92/2012)</i> .....	» 803
PAOLO TOSI, <i>L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro</i> .....	» 813
MARIELLA MAGNANI, <i>La famiglia nel diritto del lavoro</i> .....	» 844
MARINA BROLLO, <i>Il diritto del mercato del lavoro postmoderno</i> .....	» 856
MARCO MARAZZA, <i>Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti</i> .....	» 875

QUESTIONI

ALESSANDRO BELLAVISTA, <i>Merito o gioco delle tre carte?</i> .....	» 903
---	-------

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

Trib. Bologna, Sez. Lav., ord. 15 ottobre 2012 .....	» 907
--	-------

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-31613-6

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl - Centro Direzionale Milanofiori - Strada 1, Pal. F6 - 20090 Assago (MI)

Autorizzazione del Tribunale di Padova del 20 febbraio 1998 n. 1594  
Direttore responsabile: Mattia Persiani

Composizione: Bertonecello Arvigrafiche - Cittadella (PD)  
Stampa: Ceca Industrie Grafiche - Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)

Stampato in Italia - Printed in Italy

**Note di Commento**

- CATERINA TOMBA, *Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione: a proposito di un recente caso della Corte di Giustizia dell'Unione europea* (nota a Corte di Giust. UE, Sez. Seconda, 19 aprile 2012) ..... pag. 910
- DOMENICO MEZZACAPO, *La decurtazione stipendiale per i primi 10 giorni di assenza per malattia del pubblico dipendente è costituzionalmente legittima ... ma qualche dubbio resta* (nota a Corte cost. 10 maggio 2012, n. 120) ..... » 928
- AZZURRA DE SALVIA, *Alcune precisazioni giurisprudenziali sull'effettività della formazione nel contratto di apprendistato* (nota a Cass., Sez. Lav., 13 febbraio 2012, n. 2015) ..... » 945
- MARIA CRISTINA VANZ, *Certezza delle regole processuali vs. obiezione di retroattività: un percorso verso nuovi equilibri* (nota a Cass., Sez. Lav., 28 febbraio 2012, n. 3042) ..... » 964
- ALESSANDRO RIGCOBONO, *Verso una tipizzazione del "Contratto di externalizzazione"?* (nota a Cass., Sez. Lav., 17 aprile 2012, n. 5997) ..... » 974
- DAVIDE CASALE, *Fondi pensione, contrattazione collettiva e trasferimento d'azienda* (nota a Cass., Sez. Lav., 18 maggio 2011, n. 10937) ..... » 995
- MARIA BONACCI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed obbligo di riqualificazione del lavoratore* (nota a Cass., Sez. Lav., 14 novembre 2011 n. 23807) ..... » 1018

**Sentenze annotate**

- Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 2012, n. 2722 con nota di NADIA GIRELLI, *Condizioni e limiti del controllo datoriale sulla posta elettronica del lavoratore* ..... » 1029
- Cass., Sez. Lav., 27 aprile 2012, n. 6565, con nota di SIMONE CAPONETTI, *I criteri di scelta e (eventualmente) di rotazione dei lavoratori nella cassa integrazione guadagni straordinaria tra disposizioni legislative, disposizioni regolamentari ed accordi sindacati* ..... » 1039

- Cass., Sez. Lav., 7 maggio 2012, n. 6869 con nota di FABIOLA FONTANA, *Sul rapporto tra Cassa edile, datore di lavoro e lavoratore* ..... pag. 1052
- Cass., Sez. Lav., 12 maggio 2012, n. 7863, con nota di MARCO CALLETTI, *Richiesta di ferie e silenzio del datore: la prassi vince sulla difforme disposizione aziendale* ..... » 1060
- Rassegna**
- MARIKA MALIZIA, *Orientamenti giurisprudenziali sul potere/dovere di controllo del datore di lavoro* ..... » 1071

---

# QUESTIONI

---

ALESSANDRO BELLAVISTA  
Prof. ord. dell'Università di Palermo

## MERITO O GIOCO DELLE TRE CARTE?

Il direttivo dell'associazione italiana dei costituzionalisti ha rilevato un "palese vizio di illegittimità e di irragionevolezza" nell'allegato B del d.m. 7 giugno 2012. Il suddetto allegato riguarda gli indicatori di attività scientifica non bibliometrici ed è applicabile ai settori dell'area 12.

La posizione dei costituzionalisti è stata resa pubblica, tramite una lettera del presidente dell'associazione, prof. Valerio Onida, inviata ai presidenti di tutte le società scientifiche di area 12. L'allegato B sarebbe viziato nella parte in cui introduce, tra gli indicatori di attività scientifica non bibliometrici, il numero di articoli pubblicati nei dieci anni consecutivi precedenti il bando su "riviste appartenenti alla classe A", secondo la suddivisione effettuata dall'ANVUR. Secondo i costituzionalisti "in tal modo si fa dipendere la valutazione della qualità della produzione scientifica da un elemento estrinseco ('classe' di appartenenza delle riviste su cui sono comparsi gli articoli) definito ora per allora e con effetto retroattivo, riferendosi la produzione scientifica da valutare ai dieci anni precedenti la indizione della sessione di abilitazione, ma essendo previsto che solo ora sia effettuata la suddivisione delle riviste". Sicché, "tale disciplina appare lesiva dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, nonché del principio di affidamento legittimamente sorto nei soggetti".

Armando Massarenti, nel domenicale de *Il Sole 24 Ore* dell'1 luglio, non è d'accordo con la posizione dei costituzionalisti, la cui tesi appunto è riassunta sulla base della considerazione che "non sarebbe legittimo e ragionevole usare le classificazioni gerarchiche delle riviste stabilite ora, per un periodo in cui tali classificazioni non esistevano e quindi nessuno poteva prevedere l'esito delle attuali scelte degli esperti".

Massarenti afferma che "un discorso del genere può valere quando non sono in gioco interessi generali: nella sfera dei diritti soggettivi per esempio". Francamente questa obiezione appare del tutto criptica. Sia consentito sottolineare che il perseguimento dell'interesse generale deve sempre in qualche modo tenere conto dei diritti soggettivi e che la realizzazione di un

interesse pubblico di rango superiore a quello individuale presuppone, nello Stato di diritto, procedure e tecniche di garanzia proprio delle posizioni dei singoli.

L'autore continua poi osservando che "il buon senso darebbe per scontato che chi aspirava a diventare professore universitario negli ultimi dieci anni selezionasse già le riviste dove pubblicava sulla base del prestigio, e che i commissari che valutavano i candidati a diventare loro colleghi usassero delle implicite graduatorie, considerando per esempio che un articolo pubblicato su una rivista internazionale con referaggio è più meritevole (e dunque ha più peso) di uno pubblicato su una rivista nazionale con referaggio e quest'ultima sede più apprezzata di una rivista senza referaggio".

Ora, per quanto concerne la tradizione di valutazione dell'attività scientifica nel settore scientifico-disciplinare del diritto del lavoro (che rientra nella più ampia area I2), va detto che, per l'accesso ai ruoli di professore di prima e di seconda fascia, il titolo fondamentale è sempre stato costituito dalla pubblicazione di libri o monografie. Ciò non significa che gli articoli non siano stati e non siano importanti, ma rappresentano solo elementi di un percorso di ricerca che trova il suo momento culminante nella pubblicazione di libri/monografie. Nel nuovo sistema si sta assistendo ad una sorta di ribaltamento dei canoni di giudizio. Se il candidato non ha scritto una certa quantità di articoli non può nemmeno essere preso in considerazione ai fini della valutazione per l'accesso alla prima o alla seconda fascia, indipendentemente dal fatto che abbia scritto dei libri/monografie altamente significativi.

Il sospetto è che si voglia trasformare il concorso per diventare professore universitario in una specie di selezione su base meramente meccanica e quantitativa, senza alcun riguardo alla qualità. Il candidato è ritenuto degno di essere preso in considerazione se raggiunge un certo punteggio, ottenibile con pubblicazioni che, solo perché collocate su alcune riviste, sono ritenute meritevoli, senza alcuna valutazione di sostanza. La sensazione è avvalorata dal fatto che l'ANVUR è ancora laconica sui criteri di valutazione, per l'area I2, dei libri/monografie: opere che, come s'è appena detto, rappresentano storicamente il titolo fondamentale per ambire ad una cattedra. La circostanza che, talvolta, candidati senza titoli adeguati siano stati ingiustamente premiati non giustifica una soluzione draconiana che prescindere dalla necessità della valutazione effettiva del merito della produzione scientifica e che cerca di affidarsi a pretesi criteri oggettivi di valutazione; ma che, in realtà, non sono veramente oggettivi perché offrono solo un dato quantitativo e non qualitativo.

Più precisamente, solo ora le riviste giuridiche dell'area del diritto del lavoro (e anche tutte quelle delle scienze umane in senso lato) si stanno at-

trezzando, in modo tale da selezionare preventivamente gli articoli da pubblicare attraverso sistemi di referaggio, pubblicizzati anticipatamente. Sino a poco tempo fa, un giovane studioso che voleva pubblicare un suo articolo si affidava, anzitutto, alle scelte della sua Scuola accademica che decideva dove indirizzare la pubblicazione. E la scelta dipendeva da vari fattori. Se esisteva una rivista che faceva capo alla Scuola, allora questa era la sede privilegiata; se l'articolo era di natura teorica si sceglieva una rivista più sensibile a questo approccio, come si optava per una rivista differente se l'opera conteneva aspetti nettamente operativi o di analisi giurisprudenziale. Per non dire che talvolta gli appartenenti ad una Scuola non pubblicavano, per motivi intrinsecamente accademici, su determinate riviste, come i direttori di altre riviste non facevano i salti mortali per garantire un pieno accesso a tutti. L'equilibrio del sistema è stato assicurato dal fatto che, più o meno, ogni grande gruppo accademico ha costruito una serie di riviste dove permettere la pubblicazione delle opere dei giovani che ad esso si riferivano. Tranne alcune riviste di spiccato carattere pratico, nella comunità dei giuslavoristi tutte le riviste erano considerate equivalenti sul piano del prestigio, anche perché per il giovane studioso risultava comunque importante trovare uno sbocco per i propri articoli. Semmai, e non sembri un paradosso, si può dire che, a seconda delle varie Scuole e/o dei vari gruppi accademici, il prestigio della rivista variava in funzione delle proprie soggettive valutazioni.

Tutto ciò è avvenuto nel presupposto che, comunque, al di là di una eventuale montagna di articoli, chi avesse voluto candidarsi al ruolo di professore avrebbe dovuto sottoporsi al giudizio della comunità scientifica tramite la scrittura di uno o più libri/monografie, comportanti un'analisi completa ed originale di uno o più temi rilevanti del diritto del lavoro.

Sicché, l'argomentazione fatta propria da Massarenti appare capziosa, poiché dà per assodato (il prestigio di una rivista) ciò che in realtà non è sempre stato così. E da questo dato controvertibile desume il prestigio di un articolo, solo perché è stato lì pubblicato, ma senza porsi il problema di cosa in concreto contenga. *Mutatis mutandis*, tale ragionamento ricorda un esempio di scuola di sillogismo non ben congegnato, del tipo: "le forchette hanno tre denti"; "mio nonno ha tre denti"; "mio nonno è una forchetta"!

Orbene, è noto che, nel campo della scienza giuridica, non esiste una verità scientifica indiscutibile ed empiricamente accertabile, e quindi è possibile sostenere una tesi simile a quella che "il nonno sia una forchetta". Tuttavia, ciò che conta è che la suddetta tesi sia costruita rispettando i canoni metodologici riconosciuti dalla comunità scientifica di riferimento e che la medesima tesi venga sottoposta all'effettivo giudizio della stessa comunità.

Pertanto, ben venga una classificazione delle riviste sulla base del loro prestigio, ma ciò può avvenire solo in modo condiviso con le comunità scientifiche ed avere effetto solo per il futuro. Ciò in modo tale da dare la possibilità ai potenziali scrittori di selezionare e progettare i propri lavori in funzione dell'accesso a questi determinati canali.