

IL DIRITTO DEL LAVORO AL TEMPO DELLA CRISI

*ATTI DEL XVII CONGRESSO NAZIONALE
DI DIRITTO DEL LAVORO
PISA, 7-9 GIUGNO 2012*



GIUFFRÈ EDITORE

IL DIRITTO DEL LAVORO AL TEMPO DELLA CRISI

*ATTI DEL XVII CONGRESSO NAZIONALE
DI DIRITTO DEL LAVORO
PISA, 7-9 GIUGNO 2012*



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18123-3

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013
Via Busto ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

ELENCO DEI PARTECIPANTI

Agostini Maria	Brollo Marina
Aimo Maria Paola	Brun Stefania
Albi Pasqualino	Cagnin Valentina
Alessi Cristina	Cairolì Ilaria
Allamprese Andrea	Cairolì Stefano
Altavilla Renata	Calafà Laura
Altimari Mirko	Calcaterra Luca
Alvino Ilario	Cammalleri Calogero Massimo
Andreana Pierfrancesco	Campanella Piera
Angelini Luciano	Canavesi Guido Luigi
Aniballi Valentina	Cannati Giuseppe
Avio Alberto	Cantilena Adriano
Avondola Arianna	Caponetti Simone
Bacchini Francesco	Capria Rosa
Ballestrero Maria Vittoria	Carabelli Umberto
Balletti Emilio	Carinci Franco
Barbera Marzia	Carinci Mariateresa
Barbieri Marco	Casale Davide
Bari Michela	Casillo Rosa
Basenghi Francesco	Cataudella Mariacristina
Battisti Anna Maria	Cattani Marco
Bavaro Vincenzo	Centamore Giulio
Bellardi Loralba	Cerbone Mario
Bellavista Alessandro	Cerreta Michele
Bellomo Stefano	Cester Carlo
Berti Valerio	Chapellu Daniele
Bettini Maria Novella	Chiaromonte William
Bianchi Matteo	Chieco Pasquale
Bolego Giorgio	Chietera Francesca
Bollani Andrea	Cinelli Maurizio
Bonardi Olivia	Ciucciovino Silvia
Borelli Silvia	Comandé Daniela
Borghi Paola	Congeduti Mara
Borgogelli Franca	Contri Vincenzo
Borzaga Matteo	Corazza Luisa
Boscato Alessandro	Corrias Massimo
Bozzao Paola	Corti Matteo
Brino Vania	Cossu Bruno

Costantini Giovanni	Ferrante Vincenzo
Costantini Stefano	Ferrara Maria Dolores
Cristiani Giovanni	Ferraresi Marco
Crotti Mariateresa	Ferrari Paola
D'Amato Annamaria	Ficari Luisa
D'Aponte Marcello	Fili Valeria
De Angelis Luigi	Fiorillo Luigi
De Falco Fabrizio	Focareta Franco
De Luca Mery	Foffano Silvia
De Luca Tamajo Raffaele	Foglia Laura
De Luca Tamajo Stefano	Fontana Fabiola
De Marco Cinzia	Fontana Giorgio
De Marinis Nicola	Fraioli Antonio Leonardo
De Martino Claudio	Francese Gianfranco
De Michele Vincenzo	Franza Gabriele
De Mozzi Barbara	Fusco Federico
De Rosa Maddalena	Gabriele Alessia
De Salvia Azzurra	Gaeta Lorenzo
De Simone Gisella	Galantino Luisa
De Stefano Valerio	Galardi Raffaele
Degoli Maria Cristina	Galleano Marzia
Del Conte Maurizio	Gallo Terry
Del Punta Riccardo	Gambacciani Marco
Delfino Massimiliano	Gargiulo Umberto
Delogu Angelo	Garilli Alessandro
Dentici Lorenzo Maria	Garofalo Carmela
Di Casola Alessandro	Garofalo Domenico
Di Noia Francesco	Gelmini Federico
Diamanti Riccardo	Gentile Riccardo
Donà Silvia	Ghera Edoardo
D'Onghia Madia	Ghera Francesco
Donini Annamaria	Ghinoy Paola
Durante Antonella	Ghitti Carla
Durazzo Vittoria Emma	Giaconi Marta
Emiliani Simone Pietro	Giasanti Lorenzo
Esposito Marco	Girelli Nadia
Fabbrini Daniela	Giubboni Stefano
Fabre-Magnan Muriel	Giugni Benedetta
Fagnoni Scilla	Giugni Simone
Faleri Claudia	Gottardi Donata
Falsone Maurizio	Gragnoles Enrico
Fanfani Paolo	Grandi Barbara
Fasano Monica	Greco Maria Giovanna
Fassina Lorenzo	Grieco Annalisa
Fenoglio Anna	Guaglianone Luciana
Ferluga Loredana	Guarriello Fausta

Ichino Pietro	Menghini Luigi
Imberti Lucio	Mezzacapo Domenico
Imperio Michele	Miccoli Francesco
Izzi Daniela	Mieli Giorgio
Laforgia Stella	Millanti Ilaria
La Macchia Carmen	Minervini Annamaria
La Tegola Ornella	Mocella Marco
Laganà Salvatore	Monda Pasquale
Lamberti Fabiola	Montanari Anna
Lanotte Massimo	Monterossi Luisa
Lassandari Andrea	Montuschi Luigi
Lattanzio Filippo	Morone Andrea
Lazzari Chiara	Mugneco Joanna
Lazzeroni Lara	Murena Claudia
Leccese Vito Sandro	Nalis Giovanna
Lepore Alberto	Napoli Mario
Levi Alberto	Natullo Gaetano
Liebman Stefano	Nicolosi Marina
Lima Alessandro	Nicosia Gabriella
Liso Franco	Nisticò Fausto
Lo Faro Antonio	Nogler Luca
Lo Galbo Rossella	Novella Marco
Loy Giampaolo	Numin Roberta
Lozito Marco Santino	Nuzzo Valeria
Luciani Vincenzo	Occhino Antonella
Ludovico Giuseppe	Ogriseg Claudia
Lunardon Fiorella	Olivelli Filippo
Magnani Mariella	Olivelli Paola
Magnifico Silvia	Olivieri Antonello
Mainardi Sandro	Orlandini Giovanni
Maio Valerio	Pacchiana Parravicini Giovanna
Marazza Marco	Pace Domenico
Maresca Arturo	Palladini Susanna
Mariani Marina	Pallini Massimo
Mariconda Claudia	Panci Massimiliano
Marimpietri Ivana	Pandolfo Angelo
Marinelli Francesca	Pannone Ottavio
Marinelli Massimiliano	Pantano Fabio
Marra Luca	Paoletti Umberto
Martelloni Federico	Paone Giuseppe
Marzani Marco	Pascucci Paolo
Mastinu Enrico Maria	Pasqualetto Elena
Mattarolo Maria Giovanna	Passalacqua Pasquale
Mazzotta Chiara	Pazos Perez Alexandre
Mazzotta Oronzo	Pederzoli Chiara
Mc Britton Monica	Pedrazzoli Marcello

Perletti Isabel	Santucci Rosario
Perone Giancarlo	Saracini Paola
Persiani Mattia	Savino Francesca
Perulli Adalberto	Scarpelli Franco
Pessi Annalisa	Scarponi Stefania
Pessi Roberto	Schiavetti Flavia
Piccarì Michele	Sciarra Silvana
Pietra Valeria	Scognamiglio Renato
Pilati Andrea	Seghezzi Isabella
Pinto Vito	Serraiocco Alessandra
Pisani Carlo	Sgarbi Luca
Pizzoferrato Alberto	Sigillò Massara Giuseppe
Pizzuti Paolo	Simoncini Gina Rosamari
Poso Vincenzo Antonio	Siotto Federico
Pozzaglia Pietro	Sitzia Andrea
Preteroti Antonio	Somvilla Michela
Proia Giampiero	Spataro Maria
Prosperetti Giulio	Speziale Valerio
Puccini Daniela	Spinelli Carla
Putignano Nicola	Spinelli Giovanni
Quadri Giulio	Straniero Chiara
Quaranta Mario	Talarico Milena
Raimondi Enrico	Tampieri Alberto
Ranieri Maura	Tarquini Elisabetta
Ratti Luca	Terenzio Enrico Maria
Razzolini Orsola	Tessaroli Liliana
Rebhahn Robert	Testa Felice
Renga Simonetta	Timellini Caterina
Riccardi Angelica	Tinti Annarita
Ricci Maurizio	Tommasini Raffaele
Riccobono Alessandro	Topo Adriana
Roma Giovanni	Tosi Paolo
Romei Roberto	Trojsi Anna
Rota Anna	Tullini Patrizia
Rusciano Mario	Turco Vincenzo
Sala Chiri Maurizio	Valcavi Gian Paolo
Salerno Andrea Maria	Valente Lucia
Salimbeni Maria teresa	Vallauri Maria Luisa
Salomone Riccardo	Varesi Pietro Antonio
Salvalaio Manuela	Varva Simone
Sandulli Pasquale	Veltri Alessandro
Santagata Raffaello	Venditti Lucia
Santini Fabrizia	Ventura Alessandro
Santoni Francesco	Ventura Giovannina
Santoni Rugiu Roberta	Vergari Sergio
Santoro Passarelli Giuseppe	Vettor Tiziana

Vianello Riccardo
Vigotti Alvaro
Villani Giovanni
Vimercati Aurora
Vincieri Martina
Vinciguerra Maria
Viscomi Antonio

Vitaletti Micaela
Voza Roberto
Zappalà Loredana
Zilio Grandi Gaetano
Zoli Carlo
Zoppoli Antonello
Zoppoli Lorenzo

CRONACA DEL CONGRESSO

Il XVII Congresso dell'A.I.D.La.S.S. si è tenuto a Pisa nei giorni 7, 8 e 9 giugno 2012. L'organizzazione è stata curata dal prof. Oronzo Mazzotta, con la collaborazione dell'Università di Pisa e grazie al contributo di numerosi enti.

Dopo gli interventi di saluto del Presidente della Provincia, del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Pisa, del Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'ateneo pisano e del Direttore della Scuola di specializzazione per le professioni legali dello stesso ateneo, i lavori sono stati aperti dal Presidente dell'Associazione, prof. Raffaele De Luca Tamajo e sono proseguiti sotto la presidenza, a turno, dei proff. Luisa Galantino, Renato Scognamiglio, Edoardo Ghera e Franco Carinci.

Nel corso dei lavori sono stati proclamati i vincitori dell'edizione 2011 dei premi « Ludovico Barassi » e « Francesco Santoro Passarelli ».

Nella mattinata del 9 giugno si è svolta l'Assemblea dei soci che ha preceduto l'inizio delle votazioni per il rinnovo del Consiglio direttivo.

Parte Prima
RELAZIONI ED INTERVENTI

Giovedì 7 giugno 2012 - pomeriggio

Mdi RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Presidente A.I.D.La.S.S.

Desidero esprimere, innanzitutto, un sentito ringraziamento alle autorità cittadine e al Preside della Facoltà di Giurisprudenza per l'amabile ospitalità che la città di Pisa offre al nostro XVII congresso dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro, ospitalità che sarà certamente più che gradevole per la regia affidata a Oronzo Mazzotta e ai suoi preziosi collaboratori, ai quali va subito la nostra gratitudine.

Dopo diciassette anni, come diceva Oronzo Mazzotta, la nostra associazione torna in terra pisana e anche il mio pensiero va inevitabilmente a quel giuslavorista che ha onorato questa terra e con il suo impegno di studioso, cioè Giuseppe Pera, in particolare alla sua suggestiva dimora in San Lorenzo a Bacoli dove molte generazioni di giuslavoristi si recavano per riceverne insegnamenti, stimoli e non di rado per ricevere rimbrotti da quel caro toscancio con sigaro e papillon, perché così ci piace ricordarlo.

Ancora una volta la nostra associazione ha inteso raccogliere la sfida dell'attualità, dedicando il congresso di quest'anno alle reazioni financo identitarie del diritto del lavoro di fronte alla crisi economica e occupazionale. Si tratta, peraltro, di una scelta obbligata, perché la realtà socio economica, le dinamiche regolative che ne conseguono bussano alla porta degli studiosi del diritto del lavoro con grande fragore, non è possibile trascurarle, non è possibile ignorarle.

Ricorderete che l'anno scorso, a Copanello, il nostro convegno si occupò di un tema quanto mai vivo e politicamente sensibile e, precisamente della contrattazione aziendale, due giorni prima che venisse concluso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Quest'anno il congresso coincide con la fase finale del varo di una discussa legge di riforma di molti aspetti del mercato del la-

voro, ma più ancora coincide con una delicata e inedita fase del nostro diritto sindacale, del diritto sindacale italiano. Di questa delicata fase è testimonianza il recente copioso approdo giudiziario di una serie di nodi irrisolti della nostra materia sindacale e, da ultimo, proprio l'altro ieri, il rinvio alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori come modificato dal referendum del '95.

In effetti, accanto alla globalizzazione, con tutto il carico di alterazione dei rapporti di forza tra le contrapposte parti sociali, a sparigliare e destabilizzare gli equilibri della nostra materia è intervenuta anche la drammatica crisi occupazionale ed economica, con i suoi imperativi di produttività e anche di sopravvivenza delle imprese, imperativi che, in qualche modo, tolgono linfa e respiro alla nostra materia.

Ci sono, insomma, sufficienti motivi, sufficienti fermenti, per rendere affascinante l'odierno compito del giuslavorista e anche per giustificare l'impianto tematico, molto ricco e molto ambizioso, di questo congresso. Tanto per cominciare, torna ancora una volta di attualità l'interrogativo che ciclicamente ci proponiamo nella nostra materia, ce lo proponiamo in genere su un piano di teoria generale e cioè se il diritto del lavoro al tempo della crisi veda messo in discussione il proprio DNA di impronta produttiva o tenda semplicemente a recuperare una più compiuta funzione mediatrice tra gli interessi in conflitto, dopo una lunga stagione di prevalenza di una vocazione unilaterale.

Quale che sia la risposta a questo interrogativo, è certo che le nuove frontiere della nostra materia reclamano nuovi modelli concettuali, nuove attitudini interpretative ed esaltano il ruolo della scienza giuslavoristica.

Il titolo del congresso di quest'anno evoca, proprio all'evidenza, quello del famoso libro di Garcia Marques, *L'amore al tempo del colera*, allora è bene dirsi, senza alcuna enfaticizzazione ma anche senza falsa modestia, che se la crisi non sarà altrettanto letale per il mondo del lavoro, questo dipenderà in qualche misura, ridotta ma significativa, anche da noi studiosi e operatori del diritto del lavoro, dipenderà dalla nostra capacità di comprendere, senza furori ideologici e senza fughe dalla realtà, l'indirizzo dei processi in corso e di comprenderli in via preventiva, non come fanno gli economisti o i sismologi, che parlano a disastro avvenuto, dipenderà dalla nostra capacità di fornire strumenti per go-

vernare in qualche misura questi processi nella direzione della salvaguardia dei valori fondanti della nostra materia.

E allora, è con questo auspicio, che diamo inizio ai lavori del congresso, che vedranno misurarsi su queste tematiche studiosi della generazione di mezzo con seniores della nostra materia, in un contrappunto generazionale che speriamo sia foriero del successo di questo congresso.

Prima però di dare inizio ai lavori e di dare la presidenza alla professoressa Galantino vorrei invitare **Marcello Pedrazzoli** e **Silvana Sciarra**, perché il programma prevede il ricordo di due persone che hanno dato molto al diritto del lavoro, italiano ed europeo. Prima ci sarà il ricordo di **Marco Biagi**, nel decennale della sua barbara uccisione e poi **Silvana Sciarra** porterà il ricordo di sir **William Weddeburn of Charlton**.

MARCO BIAGI, DIECI ANNI DOPO

di MARCELLO PEDRAZZOLI

SOMMARIO: 1. Marco e Massimo. — 2. Il d.lgs. n. 276/2003: una paternità eccessiva. — 3. Cambiare le cose nel paese dei rinvii e dove non c'è merito. — 4. Le tre parole magiche: *progetto*, *innovazione* e *comparazione*. — 5. Scegliere le riforme e non la conservazione: la « virtù » di Marco.

1. *Marco e Massimo.*

Sono molto grato al Consiglio Direttivo dell'Associazione e al suo Presidente che mi hanno conferito il compito di ricordare Marco Biagi a dieci anni della scomparsa. Anche per dovere verso i molti giovani che vedo in questo congresso, vorrei adempiere questo onore in modo sobrio e non apologetico, disincrostando la rappresentazione da sedimenti ideologici che impediscono a volte di tributare il valore che merita ad un'opera intensa e tenace, incisiva e coerente, che è tuttora viva e molto continua ad insegnarci (1).

Un'opera che in qualche misura cominciò una quarantina d'anni fa proprio qui a Pisa, quando Marco, neolaureato « borsista » di Luigi Montuschi, frequentava all'inizio degli anni '70 il Palazzo della Sapienza, o meglio il mitico istituto fondato da Giuseppe Bottai e la magnifica biblioteca annessa. Nelle sale, in quegli anni ruggenti, campeggiava la figura di Giuseppe Pera; e attorno a lui stavano giovani di belle speranze, come Oronzo Mazzotta, Gianguido Balandi, il sottoscritto e appunto Marco.

Ricordandolo nel decennale, anzitutto, non può essere tralasciato quanto era successo a Roma tre anni prima del 19 marzo

(1) Ho provato a fare lo schizzo di quest'opera, subito dopo l'assassinio, in *Marco Biagi e le riforme possibili: l'ostinazione del progetto*, in *RIDL*, 2002, I, 123 ss.

2002. La mattina del 20 maggio 1999, Massimo D'Antona, consulente del Ministro del lavoro di un governo di centro sinistra — un vice sostanziale ed effettivo, dato che quel Ministro era sindaco di Napoli — venne assassinato vicino a casa mentre, con borsa e computer in mano, percorreva a piedi via Salaria. Colpito senza alcuna avvisaglia da idealisti deliranti e sanguinari che da anni tacevano (da quando — 16 aprile 1988 — Roberto Ruffilli fu ucciso a Forlì, in casa), per cui sembrava cessata la loro viltà.

Tre anni dopo Massimo, per un altro giurista consulente del Ministro del lavoro, questa volta di un governo di centro-destra, stava scritto lo stesso copione, un assassinio questa volta temuto da lui e con angoscia diuturna dalla sua famiglia, perché Marco era assurdamente rimasto senza scorta. Anche questa uccisione si consumò sotto casa non al mattino ma verso l'ora di cena, quando la vittima, giunta dalla stazione con la solita borsa, scese dalla bicicletta, a braccia abbassate ...

Forse per la diversa prevedibilità dell'assassinio, o forse per altri retropensieri più o meno subliminali, quanto accadde il 19 marzo 2002 a Bologna fece pensare a taluni che i due delitti gemelli fossero invece « diversi »; un assunto improvvido, nel quale affioravano capziosi distinguo e al quale fu necessario reagire, perché insinuava l'idea orribile di una diversa meritevolezza. E reagirono in molti, nonostante con i due uccisi ognuno abbia avuto, come naturale, un diverso *feeling* amicale, scientifico e ideologico. Dal maggio 2002 il mio corso e poi tutti i corsi lavoristici di Giurisprudenza, si chiudono a Bologna con la Lezione Biagi-D'Antona; una lezione che dieci colleghi importanti, molti qui presenti, hanno tenuto e proseguirà oltre questi dieci anni a perenne memoria (2).

L'associazione ha ricordato Massimo nel 2009, a dieci anni della scomparsa, tributandogli l'importante congresso di Catania. Nella più misurata occasione presente, preme almeno insistere sulla assoluta medesimezza di valore delle due vicende. Ogni discorso sull'impegno politico nella nostra professione sarebbe svilito e reso contingente se così non fosse. Il destino di Marco e Massimo racchiude il significato politico-spirituale più pregnante

(2) Pure il Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, da me coordinato nel 2004 (*Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna), è dagli undici autori « Dedicato a Marco Biagi e Massimo D'Antona, con grande rimpianto ».

solo se non concediamo all'intimidazione terroristica, seppur fallita, il veleno che qualcuno ha provato a mettere nella coda.

2. *Il d.lgs. n. 276/2003: una paternità eccessiva.*

Su un altro torto fatto a Marco *post mortem* si deve parlare: l'assunto per cui senz'altro, e cioè senza altre valutazioni, i provvedimenti costituiti dalla legge delega 4 febbraio 2003, n. 30 e dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, vadano a lui attribuiti ... tanto che tale legislazione è intitolata al suo nome. Questo della paternità è un discorso difficile, ma non possiamo esimerci dal rendere evidente il fraintendimento che ci sta sotto, a costo di scontentare qualcuno. Certo non negherò che Marco sia, per molti versi, l'ispiratore delle leggi in esame; ma ciò può dirsi solo in certi limiti, considerando le sue intenzioni, le caratteristiche della persona in generale e rispettando la cronologia dei fatti.

Se si onorano questi doveri di precisione, anzitutto, diventa chiaro che la legislazione o riforma c.d. Biagi rispecchia solo in parte le regole con cui Marco riteneva dovesse essere affrontato il mercato del lavoro nel nostro paese; con la conseguenza che risultato concreto delle strategie europee che era proteso a realizzarle è stata una distorsione, in cui sono dilatati, in modo sproporzionato e inefficiente, solo certi aspetti. Marco aveva in mente una visione complessa, qualificata dal tentativo di risolvere problemi quali l'innovazione e la risistemazione degli ammortizzatori sociali e degli istituti di *work-fare*, visione che implicava rilevanti riallocazioni della spesa sociale, nonché l'incisione su un diritto sindacale da decenni bloccato (in modo che, tra l'altro, il baricentro della contrattazione collettiva fosse finalmente spostato sul livello aziendale). Una visione ben più ampia e globale — torno subito sul punto — di quanto è stato sigillato nel d.lgs. n. 276/2003.

In questi dieci anni, in effetti, nel nostro paese si è continuato a parlare delle componenti dell'insieme che aveva preconizzato Marco, al di là della sua parziale traduzione legislativa, che ne è l'epifenomeno promulgato assai dopo la sua morte. Nell'estate del 2001, tornando ad allora, Marco lavorò al « libro bianco » (3), opera in gran parte da lui redatta che testimonia la com-

(3) *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per*

plessità e l'articolazione del programma che aveva in mente di realizzare. Basta scorrerne l'indice e si capisce che il libro anticipa l'intera agenda lavoristica rimasta inevasa in questi anni. È ben vero che, recisa la sua vita nel marzo 2002, uno scomposto attivismo legislativo ha portato ad una c.d. riforma che è piena di fervore per la moltiplicazione — abnorme e senza costi — dei tipi contrattuali (chiamati tipologie). Ma proprio questo ha fagocitato ogni altra istanza e assunto una mole sproporzionata. La riforma possibile ne è stata risucchiata per assorbimento, tra l'altro con una selezione opportunistica delle esigenze da regolare, dato che, in base al criterio del nessun onere di bilancio, non vengono affrontati i profili di welfare e perverso non sono neppure sfiorati i tabù che aduggiano *ab immemorabili* il diritto sindacale nostrano e che non costerebbe nulla affrontare con una seria regolazione.

A questi difetti nell'impostazione di fondo si aggiunga una disperante e mediocre redazione tecnica delle norme (*drafting*), che in aspetti cruciali rende difficile se non impossibile una qualche applicazione, pur attesa, e determina ulteriori costi (economici, organizzativi e di spreco sociale) da legge malfatta. Il disfunzionamento da trascuratezza, causato cioè delle imprecisioni, inadeguatezze e incertezze derivanti da incuria nella redazione dei testi normativi, che si registra in misura crescente nel nostro paese, questa volta pare peggiore del solito, perché c'era una grande attesa di soluzioni consone e il provvedimento era imperniato su un decreto legislativo (4).

Di fronte alle magagne di un *drafting* tanto difettoso, il nome di Marco è servito specialmente per blindare una legge poco agibile, come se le norme malfatte potessero funzionare d'incanto mediante l'evocazione del martire. Anche per tale ragione interes-

un lavoro di qualità, pubblicato dal Ministero del Lavoro, Roma ottobre 2001. Il libro è il frutto del lavoro di un gruppo coordinato da Maurizio Sacconi e Marco Biagi, che comprendeva Carlo Dell'Aringa, Natale Forlani, Paolo Reboani e Paolo Sestito. Non si toglie merito a nessuno di essi affermando che Marco ha dedicato l'estate del 2001 a redigere nella gran parte tale libro.

(4) Il che costituirebbe un bel vantaggio — nell'unico paese al mondo in cui la legislazione deve essere approvata da tutti e due i rami del parlamento — se non casasse l'asino perché, *more italico*, la delega concerne « uno o più decreti, *anche correttivi* ». La previsione deresponsabilizzante di una correggibilità per successive battute risale agli anni ottanta: un tassello dello spirito italiota, di cui dirò nel n. 3, da associare all'atmosfera delle riforme che prendono nome da Franco Bassanini.

sata si è consumato uno slittamento, per così dire, sulla paternità della riforma: inerzialmente, e non solo nella superficialità dei media, Marco Biagi si trasmuta nel confezionatore-autore di una legge delega promulgata un anno dopo la sua uccisione, e di un decreto legislativo — fitto di 86 articoli corposi, oltre che a volte indecifrabili — promulgato un altro mezzo anno dopo.

Per non coonestare questa operazione di comodo e per il rispetto della verità deve esercitarsi più cautela sull'assegnare a Marco la paternità di tale legislazione. Certo, nell'allargamento tutto ideologico di polemiche e contrapposizioni, forse qualcuno ha pensato di rendergli onore chiamando col suo nome una riforma che ottimisticamente riteneva completa ed eccellente. Insomma, chiaritosi che si trattava di un giudizio acritico, finiamola di caricargli addosso le pensate, i desideri o i pateracchi di altri.

3. *Cambiare le cose nel paese dei rinvii e dove non c'è merito.*

Dobbiamo quindi dare a Marco quello che è veramente suo al di là delle strumentalità ideologica, quello che gli spetta in base alle intenzioni espresse e all'impegno profuso, non quello che fa comodo per farsi belli, per autoesonerarsi da responsabilità o per nascondere difetti. Se a questo rigore ci atteniamo, il valore e le qualità di Marco vanno piuttosto rintracciate negli anni '90 e in un'orbita diversa; quando, nel servizio al governo Prodi e nella collaborazione con Tiziano Treu, era divenuto il più ascoltato dei giuslavoristi italiani in ambito comunitario. In tale contesto vengono in luce gli elementi semplici per cui, dal suo passato di socialista e nella costante attenzione a filtrare le esigenze di regolazione del lavoro a stregua dell'esperienza di importanti paesi vicini, Marco si costruisce nel suo modo caratteristico di essere, che aveva in mente un paese scomposto e difficile come il nostro e faceva i conti con le sue difficoltà.

Marco ambiva emanciparsi dall'immobilismo della « provincia ». Non uso il concetto in tono spocchioso, snobisticamente, ma per indicare la consapevolezza che, se restiamo ingabbiati nelle condizioni politico-spirituali di questo paese, il nostro orizzonte si impoverisce e non siamo più in grado proporre qualcosa di verificabile a stregua di standard validi. Perché siamo un paese, bello e disperante, in cui i problemi non sono mai affrontati, o sono affrontati a spizzichi, o nelle emergenze secondarie: in cui il modo di

porsi costante è una furbastra eppur miope dilazione, unita al suo *pendent*, il riproporsi inalterato ed esasperante delle questioni irrisolte.

Che pena fanno (lo dico per esprimere loro tutta la mia solidarietà), i relatori di questo congresso, che devono accapigliarsi su complicazioni in gran parte indotte dall'accidia nel costruire o dai ritardi stratificatisi nel nostro sistema, in cui si glissano i nodi incancreniti che in paesi meno conservatori sono stati sciolti da decenni. Dove ci si affanna ancora con i cortocircuiti fra contratto collettivo e rappresentatività, come dovrà fare Vito Leccese per il convulso art. 8 della l. 14 settembre 2011, n. 148; o con lo sminuzamento dell'art. 18, in cui si aggiungono stravaganze incongrue invece di prendere per le corna le questioni reali, come proverà a dirci Maria Teresa Carinci; o con ammortizzatori sociali da inquadrare in un sistema di *welfare* troppo ondivago e opportunistico, come ci racconterà Enrico Gragnoli.

In un paese « senza decisione » il merito non esiste e la verità diventa un *optional*: ecco perché la moneta cattiva caccia quella buona, dominano i ciarlatani politici e i peggiori si vantano di essere capaci di perpetuarsi a dispetto dei bravi. In tale contesto, la soluzione che alla fin fine si sarà pur costretti ad adottare, magari perché ci viene imposta *ab externo*, sarà non solo inevitabilmente perplessa e parziale, ma di massima sarà la peggiore possibile: scarabocchiata ed esausta da innumerevoli veti, depotenziata e svilita da distorsioni, sopravanzata frattanto da altri eventi che doveva concorrere a controllare o evitare. Finisco la tirata: questo stile italiota e levantino, in cui lo sport nazionale è andare contromano e lasciare il cerino acceso fra le dita di chi segue, determina un habitat del tutto refrattario alla possibilità di un cambiamento positivo e reale.

Per immaginare e realizzare veramente (smentendo il famoso motto gattopardesco) una riforma in tale habitat, non basta avere un cuore generoso, ma bisogna applicare all'azione una determinazione, una costanza e un acume supplementari, ben al di là di quelli di consueto adottati o a disposizione. In altre parole, è necessario avvalersi di mezzi intellettuali straordinari e di accorgimenti metodologici eccezionali per metterli al servizio della volontà più inflessibile.

Questo era (ed è) il nostro contesto sfavorevole, complesso e deteriorato ora come venti o dieci anni orsono, quando Marco si rimboccava le maniche, in modo inconfondibile e in misure fuori

dal normale. Le direttrici che hanno permeato la sua opera si possono condensare in tre parole: *progetto*, *innovazione* e *comparazione*. Come cercherò di mostrare, ognuna di queste parole rinvia a qualità di fondo che il giurista operativo deve possedere per essere un « servitore dello stato » in senso nobile e *bipartisan*, uno studioso che ambisce a realizzare il cambiamento, come lo ambivano Marco e Massimo (5).

Forse le tre parole dette sono sintetizzabili in una sola: *riformismo*. L'atteggiamento riformista pare infatti segnalare la principale dimensione di appartenenza prospettica, un'indole naturalmente virtuosa che accomunava, ancora una volta, entrambi i nostri amici e colleghi scomparsi (6).

4. *Le tre parole magiche: progetto, innovazione e comparazione.*

Per concepire e realizzare quel cambiamento che si chiama « riforma », bisogna dunque essere nutriti di una visione sistemica di insieme — corroborata da elementi empirici e quantitativi e da ragionamenti e valutazioni attinti pure con l'ausilio di altre scienze sociali — le cui componenti svolgono funzioni di mutamento che, integrandosi le une con le altre, danno corpo ad un *progetto*. Onde i motivi e gli obiettivi che giustificano questo progetto sono enucleati in un *background* che fornisce ad esso un sostegno per così dire filosofico, di filosofia sociale o pratica, l'intelaiatura che dota di senso l'operazione e la munisce di anticorpi per fronteggiare l'inclinazione al rinvio.

Il già citato « Libro bianco » del 2001 è un buon esempio di come ogni riforma abbia per presupposto immancabile una selezione dei nuclei di base da cambiare e la loro ricomposizione in un insieme che fornisce alla regolazione attesa gli indirizzi, le gerar-

(5) In termini non dissimili vedi scrive Marco Biagi nello schizzo in ricordo di Massimo *Uno studioso al servizio dello stato* », in *Dir. rel ind.*, 1999, n. 123 (ora negli « Scritti scelti » a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi e T. Treu, *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, 2002, 722 s.).

(6) Mi accorgo che le tre parole in esame sono le stesse che Marco Biagi usa per il Maestro nello scritto in memoria *Federico Mancini: un giurista progettuale*, in The Johns Hopkins University, Bologna Center, n. 8, 2001 (ora negli « Scritti scelti » cit. alla nt. prec., 713 ss.). Nel caratterizzare gli studiosi che vogliono incidere in termini operativi, forse le parole che contano sono poche e le si replicano inavvertitamente.

chie e le correlazioni di cui ha bisogno. Nonostante la riforma pensata nell'elaborare il « libro bianco » sia poi risultata molto parziale (se non è mancata: v. *retro*, n. 2), da dieci anni a questa parte — lo ho già accennato — ogni tentativo di cambiamento nella materia lavoristica è scandito in questo paese, non a caso, dalle questioni organicamente inanellate in quel libro.

Non può invero esservi riforma, se un progetto reale e serio non ne sta alla base. E che Marco si impegnasse sempre nel cogliere la complessità delle prospettive che sorreggono il mutamento è dimostrato da altri probanti riscontri. Basta scorrere i titoli degli « scritti scelti » (7) per registrare quella propensione, che in Marco è più istintiva, un'esigenza vitale, piuttosto che speculativa, un'esigenza teoretica.

Una medesima dimensione globalistica emerge nella elaborazione dell'ipotesi di uno « statuto dei lavori » (8), che si colloca negli anni di sodalizio con Tiziano Treu. Con essa, oltre ad anticipare gli aspetti meno caduchi della « certificazione », Marco proponeva un sistema a casellario delle posizioni giuridiche da garantire al lavoratore, determinando i nuclei differenziati di discipline da assicurare alle diverse classi di rapporti di lavoro, in una sorta di gradiente. A parte qualche dissenso di metodo, non di sostanza (9), la discussione in proposito fu assai interessante quando Marco era ancora in vita (10); e venne pure rilanciata dopo la sua scomparsa, quando il ministro Maroni, nel marzo 2004 istituì una

(7) Cfr. sempre la raccolta (citata alla nt. 4) a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi e T. Treu.

(8) Vedine la bozza di progetto di legge (del marzo 1998) nell'*Appendice* a T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, il Mulino, Bologna, 2001, 317 ss.

(9) La principale obiezione è che l'ipotesi rovesciava la consecuzione qualificatoria, perché partiva dalle discipline e non dalle fattispecie a cui applicare diverse protezioni in misura crescente, al di là del trattamento comune riservato a tutti i rapporti di lavoro (come a me sembrava fosse metodologicamente più corretto fare: per osservazioni in proposito v. *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. DLRI*, n. 21, 1998, 9 ss.).

(10) Oltre a M. BIAGI, *Le proposte legislative in materia di lavoro par subordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno statuto dei lavori?*, in *Lav. e dir.* 1999, 571 ss. (ora in « *Scritti scelti* », cit., 209 ss.), si vedano fra i molti: M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori* (1998), poi in *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino 2002, 21 ss.; M. MAGNANI, *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, 311 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi*, cit., specie 24 ss. In un quadro di respiro più ampio v. anche T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 3/2000, 467 ss.

« Commissione di studio per la definizione di uno *Statuto dei lavori* » (11). Ricordo questo fatto non perché sia importante — la commissione è scomparsa nel nulla quando le valutazioni prevalenti dei suoi membri apparvero indirizzate in direzione diversa da quanto auspicato da chi la presiedeva — ma perché rappresenta un altro esempio di come siano a volte strumentalmente usati il nome e la scienza di Marco Biagi (12).

Non vi può essere progetto, né la visione integrata di insieme su cui poggia, se l'agente non è incline al cambiamento, se non è propenso a leggere l'esistente contemplando la sua modifica o il suo superamento quando sia utile per realizzare il progetto, se insomma non vi è *innovazione*. Di per sé, ogni norma promulgata costituisce un *novum*: ma è troppo evidente la differenza fra disposti che sono abbarbicati all'esistente per conservarlo, giusta lo spirito del paese senza decisione, e disposti in cui si propongono modifiche di atteggiamenti, e/o se ne richiedono di più virtuosi, per realizzare una soluzione ben delineata nelle integrazioni che comporta. Un coraggio propositivo che incide sul merito delle questioni e nel loro fondo, per cui la norma trova una giustificazione

(11) Costituita da una trentina di studiosi (25 giuslavoristi, 2 economisti e 5 ministeriali) e presieduta da Michele Tiraboschi, la commissione aveva l'obiettivo di sviluppare il discorso preconizzato in proposito nel « libro bianco » e di elaborare, eventualmente, un progetto di legge (cfr. Decr. Min. Lav. 3 marzo 2004).

(12) Non mi risulta che qualcuno abbia mai speso una parola sul modo in cui tale commissione venne « estinta ». Sia allora consentito precisare che, dopo numerose riunioni romane, venne a profilarsi una consistente posizione per la quale, se si voleva configurare uno « Statuto dei lavori », era inevitabile porre mano ad alcune (almeno) delle c.d. tipologie di lavoro che si erano moltiplicate col d.lgs. n. 276/2003. Non essendo una tale prospettiva accettata da Tiraboschi, a questo punto — siamo nell'autunno 2004 — saltarono non a caso un paio di riunioni già fissate e i lavori dei sottogruppi latitarono. Successivamente, con una e-mail del 15 febbraio 2005, Tiraboschi spedì ai membri una bozza di relazione finale, chiedendo integrazioni e suggerimenti, bozza in cui dava conto del sostanziale fallimento dei lavori della commissione, affermando altresì che per la « maggioranza » dei membri la riformulazione delle tipologie suddette non rientrava nei compiti della commissione. Poiché l'esistenza di una tale maggioranza era una pura invenzione del presidente (era stato invece valutato, senza obiezioni, che bisognava procedere ad una riscrittura o revisione di alcune forme di lavoro previste nel d.lgs. n. 276), il 2 marzo 2005 lo scrissi a Tiraboschi (e per conoscenza agli altri membri), esortandolo a rettificare la bozza in ossequio della verità. Nulla ho più saputo, da allora, della commissione in esame; e non credo che qualcosa ne abbiano mai saputo gli altri membri. Insomma, la commissione sparì o svanì all'improvviso.

concreta, evitando gratuite vessazioni per un utente già gravato di balzelli.

Non è questione di destra o di sinistra, ma di pensiero e di volontà, che possono essere deboli o forti a destra come a sinistra, e in sostanza di coraggio. Nel paese dell'approssimazione e del rinvio, il coraggio è un fuor d'opera. Non si è proclivi a dichiarare sul serio che bisogna cambiare, perché una simile affermazione impegna. In tal modo sfugge sempre che, quanto più viene anticipato, tanto più vantaggioso sarà il mutamento che era necessario fare. Naturalmente, il coraggio di cambiare non può avere la forma del salto nel buio: è virtuoso e premia gli audaci se si basa sulle analisi serie e ponderate di fattibilità e sul calcolo dei risparmi, anche quelli prognostici, che derivano dal cambiamento, dall'anticipare efficienza e dall'eliminare le degenerazioni costose.

Se l'innovatività si innesta sul contrasto fra riformismo e conservazione, la *comparazione* è invece il presupposto di ogni possibilità operativa, la via maestra per raggiungere un miglioramento col cambiamento. L'esigenza di comparare nasce dalla constatazione, ovvia e concreta, delle persone modeste: le soluzioni migliori si possono rintracciare in ciò che altri hanno già sperimentato e realizzato, scovando le cose qua e là, fra quelli più attrezzati di noi. Le parole che sono connesse a tale atteggiamento, care a Marco, sono *benchmarking* e/o *best practices*: espressioni che in vario modo rinviano ad un approccio finalizzato al miglioramento, nel quale non si è pigri e dilatori ma si mettono a confronto attività o procedimenti, per vedere se qualcuno se l'è cavata meglio di noi, per suggerne dritte e indicazioni.

Tutto ciò ha per presupposto la *capacità di comparare sistemi*, significa farsi carico di comprendere gli equivalenti di soluzione che meglio si adattano a noi, per come siamo fatti e per la storia e le debolezze che abbiamo. Significa ragionare mediante un pensiero funzionalistico e duttile, senza divagare col cerchiobottismo e senza piagnucolare per il destino cinico e baro, ma assumendoci la responsabilità di attuare un cambiamento verso il meglio. E allora le parole *benchmark* e « pratiche migliori » sono obbligate, perché rimandano a contegni doverosi, che rispecchiano e traggono alimento da una sensibilità europea la cui frequentazione indurrebbe pure fra noi benefici e vantaggi: quanto manca in questo paese un simile approccio, e quanto lo migliorerebbe se venisse adottato.

Del resto, non a caso Marco, aveva assunto un ruolo importante di tipo politico-operativo anche in ambito europeo. La direttiva 16 dicembre 1996, sul « distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi » (96/71/Ce), nella cui elaborazione ha avuto parte preminente, ha attraversato indenne quindici anni di perturbazioni in una degli aspetti più sensibili del diritto del lavoro comunitario: a riprova della perdurante validità e tenuta di quanto aveva pensato e realizzato.

5. *Scegliere le riforme e non la conservazione: la « virtù » di Marco.*

Marco Biagi è stato una figura centrale del giuslavorismo europeo in trasformazione degli ultimi venti anni. Ho provato a dare spiegazione di tale assunto attraverso lo scarno commento di tre parole che caratterizzano le proiezioni che ha avuto e gli impegni che ha sostenuto.

La sua attitudine riformatrice si pone sul crinale dei problemi che in modo caratteristico la globalizzazione ha sollevati, in cui si consuma il passaggio dalle tutele del rapporto di lavoro alla tutela del mercato del lavoro; con un mutamento d'ottica e d'accento che contraddistingue il nostro tempo e le riforme che lo accompagnano, da noi purtroppo con rapsodicità e sobbalzi, che ne fanno una deriva senza paletti e immersa nell'approssimazione.

Non molti decenni fa, era d'uso chiedere alle facoltà di giurisprudenza che cosa dire di una riforma in cammino. Finita la civiltà che si permetteva di far sfoggio di simili usanze riflessive, l'A.I.D.La.S.S. potrebbe ben assumersi il compito — quando la materia viene riformata e/o posta di fronte a sollecitazioni destrutturanti — di costituire una commissione di studio, composta da pochi, validi e indipendenti, scelti per la particolare competenza nei temi da trattare (13). Questa associazione — ormai troppo mastodontica, forse, per curarsi del carattere scientifico che aveva impresso in partenza — farebbe qualcosa di certamente utile se, di fronte a importanti normazioni che vengono prefigu-

(13) Sento già le obiezioni: come scegliere i membri di una tale commissione? C'è il pericolo di determinare una spaccatura o due fazioni contrapposte; nessuno può esprimere il punto di vista dell'associazione, ecc. Sono obiezioni che sempre saranno sollevate, ma che dovremmo superare ... perché da superare valorizzando il metodo che ho provato a rintracciare in Marco.

rate, si attrezzasse per esprimere un parere, *sine ira ac studio*, che funga da orientamento critico. E nel rispondere, una tale commissione potrebbe seguire il ragionamento per cui le riforme sono tali solo se in esse vi è, copiosamente, progetto, innovazione e comparazione: una consecuzione di riscontro che Marco aveva fatto propria, perché suggerita dall'intelligenza e dall'esperienza.

Come dire: ora che Marco ci ha dato la bicicletta, bisognerebbe pedalare, mettere in pratica il suo lascito intellettuale-morale-politico, realizzando il compito di portare a termine una riforma nel crogiolo di un dibattito fra comunicatori onesti e leali, in una democrazia procedurale atta a consentire il raffronto dei congegni tecnici e istituzionali da adottare per assicurare la migliore qualità.

Già, la bicicletta ... il simbolo della semplicità, della coriacea volontà di Marco. Mi torna davanti la sua figura asciutta e elegante, quasi ascetica, il suo modo di fare, rapido e lieve, il suo parlare deciso e senza fronzoli, il suo ridacchiare quando aveva una soluzione. Pur con convinzioni profonde, era permeabile e capace di ascoltare. Di lui è stata esemplare l'attitudine ad essere naturalmente dalla parte giusta per servire gli altri; dalla parte dei fatti che bisogna realizzare, anzitutto per i gruppi deboli, giacché, da socialista, erano i lavoratori il suo primo pensiero.

Questa era la virtù di Marco, nel senso laico di valore dell'uomo, di forza di volontà e di coraggio nello scegliere; e anche nel senso cristiano di essere incondizionatamente incline al bene, senza il pensiero di averne ricompensa. Nell'ultimo aforisma dell'*Oraculo manual* (14), Baltasar Gracian chiamata la virtù « *l'unica cosa che conta davvero, tutto il resto è nulla* », aggiunge parole che si attagliano a Marco e al suo ricordo: « ... *La virtù basta a se stessa; finché l'uomo è vivo lo rende amabile, quando è morto lo rende memorabile* ».

(14) *Oracolo manuale e arte di prudenza* (1647), Tea, Milano, 1985.

IN RICORDO DI BILL WEDDERBURN

di SILVANA SCIARRA

Il 9 marzo 2012, a 84 anni, è morto Bill Wedderburn, nella sua casa di Londra, mentre Frances, sua moglie, gli teneva la mano e lo confortava per le sue molte sofferenze.

Ringrazio il Direttivo dell'A.I.D.La.S.S. per aver scelto di rendere omaggio a uno studioso non italiano e per aver dato a me l'incarico di ricordarlo. Lo farò, se posso arrogarmi questo compito, anche a nome della foltissima schiera di studiosi italiani che lo hanno conosciuto e amato, durante le sue numerose visite in Italia e durante i 'Seminari di Pontignano', divenuti, da alcuni decenni, parte integrante delle attività formative di questa Associazione. In Italia Bill ha ricevuto la laurea *honoris causa* dalle Università di Siena (1) e di Pavia, a conferma di un magistero esemplare. Molti suoi scritti sono stati pubblicati in riviste italiane. Per qualche tempo, dal 1985 in poi, ha curato per il *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* una rassegna in cui si intrecciano in modo originale informazioni su interventi legislativi, giurisprudenza e commenti della dottrina in Gran Bretagna (2).

Una raccolta di suoi saggi, che ho avuto il privilegio di curare, è apparsa nel 1998 nella collana di Giuffrè 'Giuristi stranieri di oggi', con il titolo '*I diritti del lavoro*' (3). Quel libro contiene un

(1) Il testo della lezione tenuta il 22 marzo 1991, in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* in Scienze economiche e bancarie si può leggere in *Comparazione e armonizzazione nel diritto del lavoro*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 1991, 397-406.

(2) Per la prima di queste rassegne si veda LORD WEDDERBURN, E. MCKENDRICK, A. REAL, *Il diritto del lavoro in Gran Bretagna (1980-1983)*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1985, 833-924.

(3) LORD WEDDERBURN, *I diritti del lavoro*, in *Saggi scelti sulla Gran Bretagna e l'Europa*, Milano, Giuffrè, 1998, a cura e con Presentazione di S. Sciarra. Con l'eccezione del

saggio introduttivo, *‘Il diritto del lavoro inglese: un’introduzione comparata’*, a tutt’oggi inedito in lingua inglese, che, specialmente se riletto a distanza di tempo, sembra quasi suggellare il legame fra Bill e il diritto del lavoro italiano. Quel saggio si conclude con un avvertimento per i lettori italiani, che è insieme un gesto di onestà intellettuale e un invito. Il giurista che descrive con obiettività un ordinamento e lo sottopone a un confronto comparato deve, al tempo stesso, rivendicare i valori che lo animano e farsi interprete del cambiamento. L’imparzialità potrebbe altrimenti divenire un alibi, una fuga da responsabilità di cui il giurista del lavoro deve farsi carico. Come si vede, Bill si pone, anche con queste affermazioni, a pieno titolo al centro di molti dibattiti italiani e diviene un interprete esterno e obiettivo della nostra storia recente. Non a caso, i suoi insegnamenti non cessano di essere attuali.

Bill è stato, come ho intenzionalmente scelto di dire, amato dai giuslavoristi italiani e da altre comunità di studiosi in tutto il mondo. È stato amato dagli studenti, dai colleghi più giovani e dai coetanei, da operatori impegnati nel sindacato e nella politica, dai *policy-makers*, dai giudici e dagli avvocati. Bill è stato un polo di attrazione anche per i suoi avversari politici e per quanti non hanno condiviso le sue opinioni.

Membro della *House of Lords* dal 1977, per nomina laburista, in ragione dei suoi molti e riconosciuti meriti quale sostenitore colto e infaticabile dei diritti dei lavoratori, Bill scelse di vivere quell’esperienza con intensità, superando la sua convinzione personale che lo aveva portato a battersi per l’abolizione di quella Camera. Scelse il nome della sua squadra di calcio per salire a quella carica e divenne Lord Wedderburn of Charlton.

Con equilibrio e spirito di autonomia impareggiabile, Bill ha ispirato nel corso degli anni alcune scelte storiche del TUC e ha assunto posizioni critiche anche nei confronti del Partito laburista. Il mondo politico inglese di ogni schieramento, anche per questo, lo ha ricordato con profondo rispetto dopo la morte.

capitolo 1, scritto per l’edizione italiana, il libro propone la traduzione di alcuni capitoli tratti dalla raccolta di scritti *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, Londra Lawrence e Wishart 1991, in collaborazione con l’*Institute of Employment Rights*. Una successiva raccolta di saggi si trova in *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law*, Londra, Lawrence e Wishart, 1995.

Bill ha guardato con sospetto all'Europa e tuttavia si è battuto per rafforzare i diritti sociali. Ha difeso, anche nei confronti dei commentatori più scettici e disincantati, la forza propulsiva delle fonti OIL, mettendole a confronto con le fonti del Consiglio d'Europa. Con questo ha anticipato un dibattito oggi vivacissimo fra gli interpreti, incentrato sull'art. 11 della CEDU (4).

Nei suoi ultimi scritti, cimentandosi con il gergo del diritto globale, ha intravisto in modo lungimirante la forza perversa e invadente delle istituzioni finanziarie, che possono lambire i confini del diritto del lavoro, fino a metterne in gioco l'autonomia (5).

Bill, come i frequentatori delle prime edizioni dei Seminari di Pontignano ricordano, usava terminare i suoi interventi straripanti di idee e di spunti innovativi con un monito ricorrente, che era anche un invito a preservare la funzione del diritto del lavoro dalle ingerenze dell'economia e della finanza. *'Capital crosses frontiers'*, la mobilità delle imprese oltre i confini nazionali deve trovare risposte adeguate nelle norme di tutela dei lavoratori, parole di straordinaria attualità, pronunciate, non a caso, dal *Cassel Professor of Commercial Law* della *London School of Economics*, ovvero dal titolare, fin dal 1964, di una prestigiosa cattedra di diritto commerciale, in uno degli ambienti accademici più pluralisti e aperti al mondo. A quelle parole si affiancava instancabilmente il richiamo al radicamento delle organizzazioni sindacali negli ordinamenti nazionali — quasi a voler porre un argine agli effetti potenzialmente disgreganti dovuti alla mobilità transnazionale delle imprese — e la precisazione che in Gran Bretagna, nonostante l'assenza di una Costituzione scritta, i sindacati fossero divenuti i propugnatori di una diffusa giustizia sociale, prima ancora che nascesse il *Labour Party*. Questa precisa ricostruzione storica, che si connette alle origini della rivoluzione industriale, gli ha consentito di affermare ripetutamente che la storia sociale e l'evoluzione dell'economia conformano il diritto e ne condizionano alcune espressioni. È questa una scelta di campo, ma soprattutto di metodo, che si vede riproposta in tutta la sua opera scientifica.

Dalla cattedra londinese e prima ancora dall'Università di

(4) LORD WEDDERBURN, *Freedom of Association or Right to Organise? The Common Law and International Sources*, in *Employment Rights in Britain and Europe*, cit., 138 ss.

(5) LORD WEDDERBURN, *Diritto del lavoro 2008, 40 anni dopo e Relazioni di lavoro e nuovo capitalismo*, in *Lavoro e diritto*, 2008, rispettivamente 155-192 e 347-353.

Cambridge — dove, fin dal 1959, si batté con successo per l'introduzione del diritto del lavoro fra le materie di insegnamento — la sua attenzione per i diritti dei lavoratori si è manifestata non in senso paternalistico, ma in modo coerente con una sua idea di diffusione del sapere. Il suo libro *The worker and the law*, apparso nella prima edizione nel 1965, un successo editoriale straordinario, apparso in molte successive edizioni, ha il grande pregio di rendere accessibile a chiunque una materia complessa, in costante evoluzione. Scrive nella prefazione: 'Il diritto non è un mistero, solo usa parole lunghe. Ma una comprensione della struttura tecnica del diritto è necessaria per comprenderne l'evoluzione' (6).

La voglia di comunicare in modo semplice e di rendere accessibili gli aspetti tecnici più complessi si condensa negli impareggiabili disegni, inseriti nelle fitte pagine del suo libro, composti da figure geometriche e frecce tratteggiate. I disegni servono a spiegare, ad esempio, il funzionamento delle 'immunità' e a illustrarne la funzione, in deroga alla disciplina delle sanzioni per inadempimento degli obblighi contrattuali, quando vi è esercizio legittimo delle azioni di autotutela sindacale. Il caso *Rookes v Barnard*, un cavallo di battaglia per Bill, diviene nella sua prosa appassionata un'icona dell'azionabilità dello sciopero — nonostante esso non si configuri nell'ordinamento britannico come diritto positivo — al di fuori dai limiti insidiosi della 'intimidation' (7).

Nello scorrere quelle pagine e quei disegni, torna in mente la penna a molti colori che Bill portava sempre con sé nella tasca superiore della giacca e che diveniva nel corso di seminari o di conversazioni parallele alle sue lezioni, una sorta di tramite della comunicazione, una facilitazione visiva di concetti complessi, anche attraverso i colori.

Bill è stato un comunicatore, ha interpretato l'insegnamento universitario come origine di molti e diversificati percorsi comunicativi. Il giurista che oggi ricordiamo non si disgiunge mai dall'uomo, un uomo dalla personalità complessa, certamente non un conformista; un uomo carico di passioni, animato da un'insaziabile voglia di conoscere. Questo è un esempio da evocare con forza

(6) K.W. WEDDERBURN, *The worker and the law*, Penguin Books, I ed., 1965.

(7) Si veda B. WEDDERBURN, *From Rookes v Barnard to a Royal Commission*, apparso nel 1964 e poi riproposto in *Labour Law and Freedom*, cit., 64-80.

in momenti come quello che attraversiamo, in cui è debole l'identità collettiva della nostra materia e della nostra professione. Bill, si può dire a gran voce, è stato un uomo 'di qualità', di forti convinzioni e di grande coerenza.

Negli anni Sessanta dello scorso secolo Otto Kahn-Freund ebbe l'intuizione di selezionare un gruppo di giuristi del lavoro interessati alla comparazione e di avviarli a un'attività di ricerca comune. Lo fece da par suo, individuando studiosi dinamici, capaci di cogliere, attraverso il metodo comparato, la propensione degli ordinamenti al cambiamento e di usare il proprio talento per indurre il cambiamento stesso. Sullo sfondo di questa metodologia proposta da Kahn-Freund si muove la nota teoria dell'astensione della legge e della legislazione *auxiliary* o di sostegno che, a ben vedere, ha accompagnato i percorsi successivi di alcuni giuslavoristi, attivi nel *Comparative labor law group*. In particolare tre di loro, Gino Giugni, Folke Schmidt e Bill Wedderburn, hanno saputo ispirare con la loro cultura comparata, oltre che con la tecnica, i legislatori nazionali negli anni Settanta dello scorso secolo, muovendosi agilmente sul crinale allora saldo della legislazione di sostegno. Anche quell'insegnamento è evocato oggi con molto rimpianto, nel constatare la perdita di centralità di grandi idee riformatrici.

La comparazione è usata negli scritti di Wedderburn come strumento euristico, come avvicinamento rispettoso alle tradizioni e alle istituzioni dei sistemi nazionali. Quel metodo di analisi ha accompagnato Bill nella sua lunga carriera, divenendo un segno distintivo della sua produzione scientifica. È impossibile tracciare un quadro completo della sua opera. Per questo mi limiterò a segnalare solo alcuni passaggi che, nella mia esperienza personale, rappresentano gli snodi cruciali dell'avvicinamento di Bill all'Italia e, conseguentemente, dimostrano l'influenza che egli ha esercitato sulla dottrina italiana.

Il primo passaggio risale al 1968, anno in cui fu pubblicato il 'Rapporto Donovan', un documento redatto da una prestigiosa *Royal Commission*, nominata nel 1965 e presieduta da Lord Donovan, giudice e già parlamentare laburista, fra i cui componenti figuravano esperti del calibro di Otto Kahn-Freund e Hugh Clegg (8). La 'scuola di Oxford' era dunque molto ben rappresen-

(8) Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations 1965-1968

tata all'interno di una Commissione incaricata di definire i complessi vincoli, rilevanti dal punto di vista giuridico oltre che fattuale, che si instaurano a livello collettivo, nei rapporti fra sindacati dei lavoratori e associazioni dei datori di lavoro e di affrontare lo spinoso tema dell'intervento legislativo in questa materia, come pure nella regolamentazione degli scioperi.

Il parere reso da Wedderburn alla Commissione Donovan divenne poi noto ben oltre i confini del suo paese. Per questa via egli entrò in contatto con la dottrina italiana, impegnata, verso la fine degli anni Sessanta, sui temi della riforma della rappresentanza sindacale in azienda. Quel confronto comparato fece da sfondo alla stesura dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, mentre era ancora viva l'esperienza di democrazia dal basso avviata dai Consigli di fabbrica, così vicina alla pratica degli *shop stewards* inglesi (9). Da lì nacque l'attenzione di Bill per il dibattito su rappresentanza e rappresentatività sindacale, che compare in molti suoi scritti e che si riverbera sulla sua interpretazione delle fonti collettive in una dimensione comparata.

Il secondo passaggio è segnato dalla redazione di un altro documento, anch'esso divenuto simbolico nella storia del diritto del lavoro britannico e nella successiva ricerca comparata. Il *Bullock Report*, pubblicato nel 1977, è redatto da una *Royal Commission*, di cui Bill è questa volta autorevole componente e si inserisce nel confronto di idee sulla democrazia industriale in Europa e sulla rappresentanza dei lavoratori negli organi decisionali delle imprese. Il rapporto Bullock fu al centro di un'ampia riflessione in Italia, favorita dagli interventi di Bill in numerose sedi (10).

(Donovan), *Report*, Cmnd 3623. Una recente analisi in P. SMITH, *Order in British Industrial Relations: From Donovan to Neoliberalism*, in *Historical Studies in Industrial Relations*, 2011, n. 31/32, 115 ss.

(9) Ne dà conto F. Mancini nell'impareggiabile relazione tenuta al Convegno dell'A.I.D.La.S.S. svoltosi a Perugia, nel maggio 1970. Si veda *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Atti delle giornate di studio, Giuffrè, Milano, 1971, 33 ss. per citazioni di Wedderburn e per una comparazione con il sistema britannico di rappresentanza spontanea nei luoghi di lavoro.

(10) Oltre a aprire il dibattito sul tema nella rivista *Mondoperaio*, già nel 1974, Giugni ospitò a Bari un Convegno sulla democrazia industriale, incentrato sul Rapporto Bullock e altre esperienze europee. Si veda WEDDERBURN, GIUGNI et al., *Democrazia politica e democrazia industriale*, a cura e con introduzione di S. Sciarra, De Donato, Bari, 1978, che reca in appendice una traduzione parziale del Rapporto.

Giugni e Wedderburn furono spesso accanto in quegli anni, per ampliare lo spettro delle riforme possibili in materia di partecipazione dei lavoratori, senza intaccare la funzione, centrale per entrambi, della contrattazione collettiva. Si trattò, di là da esiti concreti sul piano della politica legislativa, di una stagione ricca di suggestioni, che rafforzò uno stile analitico-critico nel diritto del lavoro comparato, in contrasto con impostazioni meramente descrittive.

Il terzo passaggio è contrassegnato dalla riflessione catartica indotta nella dottrina italiana dalla morte di Otto Kahn-Freund nel 1979, riflessione guidata in gran parte dalle lucide analisi di Bill. ‘Costruire su Kahn-Freund’ è il sottotitolo di una pubblicazione collettanea apparsa nel 1983 (11). Nella ricerca scientifica non si può eludere il problema della paternità della materia. È salutare ricostruire le matrici ideali del pensiero giuridico, per liberarle da implicazioni personalistiche e creare nessi di continuità.

Bill continuò sempre a seguire quel percorso, ma lo rese originale durante il cammino. Seguì le grandi trasformazioni indotte nel diritto del lavoro dalle conseguenze della crisi economica, esacerbate dai segni evidenti di una crisi profonda degli stati sociali. Le sue riflessioni divennero sempre più amare, ma non per questo prive di prospettive ricostruttive, ad esempio sul fronte di una ri-regolazione e di interventi del legislatore per la definizione di un *floor of rights*.

In questo senso credo che non si possa parlare di una discendenza diretta di Bill da Kahn-Freund, ma forse di una parabola che si svolge secondo percorsi autonomi, proprio perché il distacco dal padre fu — si potrebbe dire psicoanaliticamente — frutto di un’opzione profonda, per divenire apertura di nuovi orizzonti.

In un saggio, divenuto poi emblematicamente famoso (12), compare nel titolo il termine *inderogability*, quasi un omaggio alla ‘lingua di Pontignano’, ovvero a quel misto di concetti e di espressioni tecniche divenuto, nelle molte edizioni dei seminari di diritto

(11) LORD WEDDERBURN, R. LEWIS, and J. CLARK (a cura di), *Labour Law and Industrial Relations: Building on Kahn-Freund*, Clarendon Press, Oxford, 1983. Una riflessione analoga fu avviata in Italia durante un convegno senese, poi confluito in G.G. BALANDI e S. SCIARRA (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro*, Ed. Lavoro, Roma, 1982.

(12) *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, in *Industrial Law Journal*, 1992, 245-264, riproposto in *Labour Law and Freedom*, cit., 212-236.

del lavoro comparato, oggetto di un'interessante ibridazione linguistica, all'origine poi di una proficua circolazione di idee in una vasta cerchia di giovani — e meno giovani — giuslavoristi che hanno popolato i seminari stessi. Il saggio, riletto a distanza di tempo, è di straordinaria attualità, perché cerca di riordinare secondo parametri rigorosi di comparazione giuridica, le teorie sulla vincolatività dei contratti collettivi, proprio quando i segnali lanciati dal mercato interno europeo cominciavano a divenire presanti.

È proprio alla luce di quei vincoli e delle diverse matrici che caratterizzano i contratti collettivi che Wedderburn inventa il neologismo *inderogability* e ne disegna le potenzialità, perfino in un sistema di *common law*, come quello britannico, in cui per i giuristi più conformisti può suonare 'offensivo' ogni limite posto alla libertà dei contraenti.

Ho richiamato questo saggio per l'attenzione verso l'Italia che Wedderburn scelse di mostrare, anche attraverso una forzatura linguistica. Molti altri scritti si potrebbero citare, in cui la sua conoscenza del nostro ordinamento si scorge attraverso le citazioni e i dettagli nei riferimenti alle fonti. Sembra di scorrere con lo sguardo gli scaffali della sua immensa biblioteca e uno speciale scaffale straripante dedicato all'Italia.

Ci mancherà molto Bill, uomo 'di qualità', interlocutore critico, paziente nell'ascoltare, oltre che nel dialogare, duro oppositore di ogni cedimento all'opinione dominante, tenace assertore dei diritti dei lavoratori, ma anche affettuoso e suggestivo nel proporre, anche nella prefazione al suo libro italiano, una dedica molto speciale alla moglie Frances, che descrive 'come una luce abbagliante sul mare'.

IL DIRITTO SINDACALE AL TEMPO DELLA CRISI

di VITO LECCESE

SOMMARIO: 1. Premessa: il “fatto nuovo” nel diritto sindacale, le sue matrici e una ineludibile opzione di fondo. — 2. Il contratto collettivo: la tenuta, nonostante il dissenso. Rapporti tra livelli ed efficacia soggettiva del contratto aziendale. — 2.1. Efficacia soggettiva, rapporti tra livelli: lo spostamento dei luoghi della tutela nell'autonomo sistema. — 2.2. Efficacia soggettiva, rapporti tra livelli: lo spostamento dei luoghi della tutela nell'art. 8, d.l. n. 138, e la “variante” dell'arretramento della norma lavoristica. — 3. L'art. 8, d.l. n. 138, e il profilo di costituzionalità per contrasto con l'art. 39, c. 1, Cost. — 4. L'art. 8, d.l. n. 138, e il profilo di costituzionalità per contrasto con l'art. 39, cc. 2 ss., Cost. — 4.1. Le tesi che affermano l'attuabilità “per equivalenti” della seconda parte dell'art. 39 Cost. e i requisiti minimi di garanzia del principio democratico. — 4.2. L'estensione dell'efficacia dei contratti collettivi previsti dall'art. 8, d.l. n. 138, nel quadro di una ipotetica attuazione “per equivalenti” dell'art. 39 Cost. — 5. Rappresentanza (aziendale), selezione dei soggetti e poteri contrattuali, tra omissioni e azioni del legislatore: l'intreccio tra l'art. 19 st. lav. e l'art. 8, d.l. n. 138.

1. *Premessa: il “fatto nuovo” nel diritto sindacale, le sue matrici e una ineludibile opzione di fondo.*

I più rilevanti e nevralgici snodi delle questioni implicate nel tema assegnatomi sono stati oggetto di rinnovata e ampia trattazione già nel corso delle ultime giornate di studio della nostra Associazione (1), oltre che all'interno del corposo e articolato dibattito sviluppatosi a ridosso del travagliato processo di riforma del sistema contrattuale e delle coeve vicende che hanno interessato il gruppo Fiat (2).

(1) *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Copanello (CZ), 24-25 giugno 2011, con relazioni di Bellocchi (2011) e Lunardon (2012).

(2) La bibliografia al riguardo è ormai molto ampia. Per i necessari rinvii, nel quadro di efficaci sintesi delle vicende rammentate in testo, v., tra i tanti, Bavaro, 2010; Bol-

Questo lavoro, pertanto, può dare per presupposta, ad onta della complessità e ampiezza delle questioni sottese al tema, una parte significativa delle speculazioni teoriche ad esso connesse, rinunciando a riproporre analiticamente i vari passaggi del dialogo tra e con coloro che hanno contribuito a fondare il diritto sindacale nel nostro Paese.

La selezione operata, tematica e bibliografica, è stata quindi guidata, nella sua ovvia opinabilità, dall'intento di privilegiare i profili maggiormente significativi e delicati nel dibattito attuale; e, d'altra parte, anche tale selezione, oltre che il lavoro in sé, è stata compiuta nella confortante consapevolezza della possibilità di un adeguato confronto con i *discussant* e con la loro, eventualmente diversa, prospettiva d'analisi.

Al contempo, la scelta dei criteri di selezione è stata agevolata e condizionata dal "fatto nuovo" (anche se, per quanto subito si dirà, non certo imprevedibile) del nostro diritto sindacale, costituito dall'art. 8, d.l. n. 138/2011 (*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*), nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, ad opera della l. n. 148/2011.

Nel contesto della riflessione giuridica sul diritto sindacale al tempo della crisi, infatti, non può che trovare collocazione privilegiata questo dirompente dato normativo, non solo perché esso rappresenta il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale, ma soprattutto in virtù della sua problematica compatibilità con le previsioni costituzionali che garantiscono la libertà sindacale e di quelle che apprestano uno specifico meccanismo di estensione del contratto collettivo.

Questa scelta tematica, che rischia indubbiamente di esaltare la tradizionale « sensibilità [...] etnocentrica » (3) del giurista nostrano, risulta invero imposta dal recente intervento eteronomo, che, collocandosi al crocevia di numerose questioni irrisolte del nostro diritto sindacale, funge oggi da esaltatore di sapidità della loro complessità, ponendone, al contempo, di nuove.

Non v'è dubbio, infatti, che si tratti, per la nostra materia,

lani, 2011; Carinci F. 2011b, § 1; Corti, 2011; Caruso, 2011; nonché i contributi di Aa.Vv. raccolti in *RGL*, n. 1/2010, 3 ss.; *DLM*, n. 2/2010, 505 ss.; *DRI*, n. 2/2011, 362 ss.; *DLRI*, n. 1/2011, 95 ss., e n. 2/2011, 321 ss.; *LD*, n. 2/2011, e in Carinci F., a cura di, 2011.

(3) Sciarra, 2011, 351.

di uno degli interventi legislativi di maggior rilevanza della fase post-costituzionale, il quale può rivendicare, a buona ragione, un ruolo centrale nel quadro del rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Un rapporto, invero, da tempo complesso, ormai fortemente “sofferto” (4) e profondamente segnato dalle riforme che hanno caratterizzato la legislazione degli ultimi 10 anni, a partire dalle prime concrete attuazioni del *Libro bianco* del 2001.

Benché lo spazio di questa relazione non consenta l’analitica trattazione di tutte le questioni in campo (e, d’altra parte, il quadro complessivo di riferimento è ben noto, così come ampiamente indagati sono i diversi profili che lo compongono) (5), proprio « al tempo della crisi » è però indispensabile interrogarsi quantomeno sull’impatto di quell’intervento sulla libertà di organizzazione sindacale e sulla lungimiranza dell’accantonamento, in via interpretativa, delle previsioni della seconda parte dell’art. 39 Cost.; sulla necessità di superare la logica dell’improvvisazione legislativa in campi nevralgici per la stessa formazione democratica delle regole

(4) V. Carabelli, *Leccese*, 2005, muovendo dal caleidoscopio costituito dalla disciplina dell’orario di lavoro, riformata con il d.lgs. n. 66/2003.

(5) Dalle profonde modifiche che hanno interessato le modalità di elaborazione e definizione delle scelte riformatrici (con il superamento del modello concertativo) al mutamento degli equilibri regolativi sussistenti tra legge, contratto collettivo e autonomia individuale (con la riconduzione di rilevanti scelte nelle mani dell’autonomia individuale e dei relativi rapporti di forza, ovvero, in altri casi, mediante il diretto ampliamento della sfera dei poteri datoriali e conseguente erosione del potere del sindacato al tavolo negoziale); dalla grande varietà delle formule selettive utilizzate per individuare i livelli e/o i soggetti competenti a derogare o integrare le tutele legali, ivi compresa quella che si riferisce al contratto collettivo stipulato “da” organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative” (affiancandosi, senza soppiantarla del tutto, a quella che richiama invece i contratti sottoscritti “dai” sindacati comparativamente più rappresentativi), alla pretesa, emersa nel dibattito politico e scientifico ma mai tradottasi, sino ad ora, in una esplicita previsione legislativa, di garantire efficacia generale alla contrattazione derogatoria persino se sottoscritta solo “da” una di quelle organizzazioni; dall’utilizzo delle menzionate tecniche di selezione dei soggetti e dei livelli collettivi non solo allorché si è trattato di legittimare l’introduzione di deroghe rispetto alle tutele legali, ma anche nel quadro di rinvii legislativi che preludono ad un loro irrobustimento (con i conseguenti sospetti di violazione dei principi costituzionali di libertà di organizzazione e azione sindacale, ove questi ultimi rinvii fossero interpretati nel senso di impedire a soggetti o a livelli non rientranti nel filtro selettivo di contribuire a rafforzare le tutele legali), all’introduzione di “tetti” di nuova generazione all’autonomia collettiva, che le impediscono di operare nella direzione del rafforzamento di alcune tutele (tetti della cui legittimità costituzionale, sempre per contrasto con l’art. 39, c. 1, Cost., si è molto discusso in passato).

di tutela; sull'illusione, a lungo coltivata, che il sistema contrattuale potesse essere autonomamente in grado di trovare sempre nuovi equilibri, idonei a garantire il riassorbimento democratico del dissenso e, per questa via, la propria stessa tenuta, offrendo, al contempo, adeguata resistenza alla regolazione eteronoma.

Qualsiasi trattazione del diritto sindacale al tempo della crisi, insomma, deve muovere da una esplicita opzione di fondo: cioè dall'accettazione o meno del dibattito sul piano dei principi costituzionali in materia, pur in una fase (e anzi, proprio in una contingenza storica) nella quale le spinte al dinamismo evolutivo sono visibili e pressanti; in una fase in cui il « tempo della crisi » può essere letto (e spesso lo è) come una sorta di ritmo di danza che, spontaneamente o meno, tutti i protagonisti della regolazione lavoristica debbono seguire; in un contesto istituzionale, peraltro, nel quale non pare che l'art. 39 sia stato interessato da fenomeni di « rottura della Costituzione » (*Verfassungsdurchbrechung*), e cioè da modifiche, pur apportate nelle forme prescritte, « ma rivolte a derogare solo per singole fattispecie a determinate norme, le quali pertanto rimangono in vigore continuando a regolare tutte le altre » (6).

Il contenuto dell'art. 8 è ormai ampiamente noto. È peraltro utile rammentare che esso, a seguito delle modifiche apportate dalla legge di conversione, sancisce anzitutto l'efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati di « specifiche intese » realizzate nel contesto dei « contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 »; tale efficacia è peraltro condizionata al fatto che le intese siano « sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali » e che siano « finalizzate » ad obiettivi specificamente indicati dal legislatore (c. 1). Le intese possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento a numerosi ambiti elencati dal legislatore (c. 2); esse possono poi operare « an-

(6) Mortati, 1962, 191.

che in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro », fermo restando « il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro » (c. 2-*bis*).

Solo nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione sono stati introdotti espressamente, da un lato, l'effetto generale delle intese e, dall'altro, l'ampia derogabilità della legge e dei contratti nazionali ad opera di quelli territoriali ed aziendali (7).

Proprio nella combinazione tra questi due elementi, è bene chiarire sin dalla premessa, risiede appunto l'elemento di maggiore novità della previsione, che — peraltro — costituisce una miniera per la riflessione (non solo) giuridica, come dimostra l'ampio dibattito che si è immediatamente sviluppato in merito alle sue interferenze con le già menzionate vicende che hanno interessato il sistema contrattuale nel suo complesso e il gruppo Fiat; alla sua esegesi, in considerazione delle numerose incertezze interpretative che derivano dalla sua fattura (per diversi aspetti, approssimativa) (8); ai problemi di costituzionalità, da più parti evidenziati, per sospetta violazione del principio di uguaglianza e/o di quello di razionalità (9) e delle regole relative all'esercizio della

(7) Nella versione originaria, in particolare, l'efficacia generalizzata era prevista per i soli contratti aziendali sottoscritti prima dell'AI del 2011 (*infra*), purché già approvati « con votazione a maggioranza dei lavoratori »: art. 8, c. 3, d.l. n. 138. Su questo comma, più specificamente rispondente all'esigenza del gruppo Fiat di assicurarsi la tenuta degli accordi pregressi, evitando di sottoporli alle nuove procedure del menzionato AI (Berta, 2011, 179), si v., anche con riferimento alle peculiari questioni di costituzionalità che esso pone, Carinci F., 2011b, 42 ss.; Scarpelli, 2011, 15 ss.; Ferraro, 2011, 32; Galantino, 2011, 25 ss.; Garilli, 2012, 40; Perulli, Speciale, 2011, 53 ss. (ove ulteriori riff.). Critico sulla scelta del legislatore d'urgenza si era mostrato Maresca 2011, nel sottolineare l'opportunità dell'introduzione espressa dell'efficacia *erga omnes* anche per il futuro, « all'interno [...] di un sistema complessivo e generalizzato di sostegno alla contrattazione aziendale ». Si consideri, peraltro, che anche l'ultimo comma dell'art. 8 (il 3-*bis*, introdotto in sede di conversione) contiene una norma *ad hoc*, che, predeterminando il campo di applicazione della contrattazione collettiva nel trasporto ferroviario (Carinci F., 2011b, 69 s.) si espone a specifiche censure di incostituzionalità (Pessi R. 2011, 544; Galantino 2011, 26).

(8) Agli innumerevoli problemi interpretativi posti dalla previsione si farà qui riferimento solo in quanto funzionali all'analisi condotta.

(9) Perulli, Speciale, 2011, 28 ss.; Romagnoli, 2011b; Rusciano, 2011; Garilli, 2012,

potestà legislativa (10); alle conseguenze, anche sociali, che potrebbero derivare da un sì ampio rinvio derogatorio (concernente tanto la flessibilità funzionale, quanto quella numerica, in entrata e in uscita), che mette in discussione le fondamenta stesse del diritto del lavoro (11).

In prospettiva, poi, non sarebbe certo da trascurare la riflessione sull'intreccio tra la nuova disciplina della flessibilità in entrata, che potrebbe essere dettata all'esito del processo di riforma attualmente in corso in Parlamento, e la persistenza di così rilevanti poteri nella mani della contrattazione di prossimità; ma la stessa operazione di equilibrismo compromissorio che si sta tentando di compiere in materia di flessibilità in uscita andrebbe riletta alla luce di tali poteri (12). Si tratta, infatti, di vasi comunicanti, nonostante la diffusa tendenza a trattare delle questioni concernenti quel processo senza alcun riferimento alla 'cedevolezza' delle emanande nuove regole rispetto all'intervento negoziale previsto dall'art. 8 (fatta salva, evidentemente, l'introduzione di espresse previsioni che ne escludano la specifica operatività).

Tutti profili di indubbio rilievo, che vanno certamente affrontati con urgenza, ma che non possono essere sviluppati nel contesto di questa trattazione.

Né potrà essere questa la sede per la trattazione di pur rile-

41; Occhino, 2012, 87 ss.; Bellavista, 2012, 311 ss. In senso critico su queste posizioni, v. Magnani, 2012, 8 ss.; Tiraboschi, 2012, 88; cfr. anche Marazza, 2012, 44 ss.

(10) Ales, 2011, 26 ss.; Zoppoli L., 2011b; Carinci F., 2011b, 74 ss. (con analisi incentrate sul contrasto tra l'art. 8 e le previsioni del titolo V della Costituzione).

(11) Ingenerando il dubbio che possano scaturirne effetti incompatibili con il principio di indisponibilità del tipo legale (le analisi più articolate sul punto sono in Ferraro, 2011, 26 ss.; Pessi R., 2011; Mazzotta, 2012; Carabelli, 2012; v. anche Garilli, 2012, 41; per una critica, Magnani, 2012, 8, nonché De Luca Tamajo, 2012b, 20 ss.; cfr. anche Galantino, 2011, 2 ss. e Voza, 2012, il quale si esprime in termini assai dubitativi sulla possibilità di invocare l'indisponibilità del tipo quale potenziale argine alla potestà derogatoria sprigionabile attraverso l'art. 8, in virtù del fatto che tale principio agisce sul piano della qualificazione della fattispecie — la quale, benché scarnificata nelle sue tutele, rimarrebbe pienamente riconoscibile nei suoi tratti qualificatori — ma non su quello della imputazione dei relativi effetti).

(12) Come si è criticamente osservato, nel disegno di legge 'Fornero' « manca la flessibilità interna » (Nogler, 2012a). Ma, probabilmente, per la flessibilità funzionale l'attuale compagine governativa e la maggioranza che la sostiene ... si accontentano di conservare l'art. 8.

vanti e più generali questioni, che sono state lasciate inevitabilmente sullo sfondo dell'analisi; questioni concernenti il nesso tra le recenti scelte regolative autonome ed eteronome (che, nel loro intreccio, stanno segnando l'evoluzione del diritto sindacale) e la crisi finanziaria ed economica degli ultimi anni, che pure è talora utilizzata a sostegno e a giustificazione di talune di esse. Ed invero, cause ed effetti economici della crisi potrebbero costituire altrettante portate del menù per una ulteriore trattazione (13).

Preme peraltro osservare, su questo piano, che l'art. 8, d.l. n. 138, ad onta della formulazione imprecisa e, per certi versi, frettolosa (come spesso accade quando si avviano riforme strutturali nei tempi della conversione della decretazione d'urgenza) non può certo essere considerato alla stregua di un prodotto inatteso ed "estemporaneo" di quella crisi (14); né è il mero frutto della necessità di adeguarsi a recenti sollecitazioni esterne, pur talora richiamate a fini di legittimazione politica della scelta legislativa o, addirittura, della sua ineluttabilità (15), e che potrebbero, al più, confermarne il carattere poligenetico.

Esso, al di là degli indubbi elementi di contiguità con il Piano triennale per il lavoro del luglio 2010 e, soprattutto, con l'obiettivo di favorire « l'arretramento del centralismo regolatorio » (16), affonda le radici in un progetto ben più risalente (anticipatorio rispetto allo stesso *Libro bianco* governativo sul mercato del lavoro in Italia dell'ottobre 2001). Un progetto, nobilitato da talune analisi di carattere comparato, nel quale il principio della sussidiarietà fungeva da baricentro per la costruzione di un nuovo sistema regolativo, imperniato sulla centralità della contrattazione aziendale nella determinazione delle condizioni di lavoro e sul significativo arretramento della norma lavoristica (17) e, in definitiva, sullo spostamento dei *luoghi* di produzione delle tutele (dalla legge

(13) Ma per una lettura dei più recenti fenomeni economici e finanziari nel cui contesto si colloca la riforma d'agosto, v. Perulli, *Speciale*, 2011, § 1.

(14) La condivisibile osservazione è in Garilli, 2012, 32.

(15) Il riferimento è, evidentemente, alla lettera che Trichet e Draghi inviarono il 5 agosto al Governo (per una ricostruzione della vicenda, Perulli, *Speciale*, 2011, 7 ss.).

(16) V. il Piano triennale per il lavoro del ministro Sacconi del 30 luglio 2010, « Liberare il lavoro per liberare i lavori ».

(17) Per più articolate puntualizzazioni su questa matrice, v. Tiraboschi, 2012, anche per i necessari richiami al pensiero di Marco Biagi (Biagi, 2002). Per una recente analisi comparata sulla contrattazione derogatoria in Europa, Treu, 2011a.

al contratto; dal contratto nazionale a quello più vicino al fenomeno da regolare).

La previsione, dunque, si pone pienamente in linea con il processo — esplicitamente teorizzato già nel *Rapporto finale del gruppo di alto livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella UE* del gennaio 2002 — di valorizzazione della contrattazione collettiva quale strumento di legittimazione delle prerogative del *management* e di prevenzione dei conflitti (individuali e collettivi) (18).

Ed invero, l'evoluzione del diritto sindacale e, in particolare, i processi di « localizzazione » e « aziendalizzazione » della contrattazione collettiva favoriti dalla regolamentazione dell'art. 8 non possono essere letti come una mera (e, tantomeno, ineluttabile) risposta all'accelerata internazionalizzazione della economia (19), all'incalzare della competizione globale delle economie e delle imprese (20) e alle scelte di delocalizzazione produttiva compiute da queste ultime.

Quella regolamentazione è, più significativamente, una nuova manifestazione della tendenza legislativa ad assecondare l'obiettivo manageriale — certo favorito dall'effetto di *empowerment* delle imprese connesso alla globalizzazione (21) — di affrancarsi dai vincoli derivanti dalla legge e dai contratti collettivi (nazionali di categoria) (22) e che, al più, utilizza il contratto aziendale quale strumento in vista di tale obiettivo (23); uno strumento che è però idoneo a perseguire il fine solo se la sua sottoscrizione è realmente in grado di “neutralizzare” (sul piano giudiziario e del conflitto collettivo) il dissenso di gruppi organizzati e di singoli lavoratori.

In tale prospettiva, e prescindendo da ogni valutazione valoriale, ci si può effettivamente interrogare sul ruolo che l'art. 8 può svolgere nell'assecondare l'aspirazione dell'impresa transnazionale

(18) Pinto, 2012.

(19) Regalia, 2011.

(20) Carrieri, 2011.

(21) Perulli, 2011.

(22) Sulla pretesa imprenditoriale all'immunità delle prerogative manageriali dal diritto e, più in generale, dalle interferenze esterne e per un inquadramento delle dinamiche legislative nazionali nella tendenza dell'Unione europea a garantire quella immunità, v. Pinto, 2012 e già 2011, 151, nonché gli autori *ivi* richiamati.

(23) Cfr. Bavaro, 2012.

« a divenire produttrice autonoma di norme e sistema autonomo di relazioni industriali » (24), e nel sostenere o, addirittura, stimolare un'eventuale risposta collaborativa delle organizzazioni sindacali in vista dello sviluppo di una più moderna dimensione transnazionale e di gruppo della negoziazione; una negoziazione che, sulla scorta di esperienze già sperimentate, cambi pelle, aprendosi a nuove dimensioni, non solo per ambiti (sovrnazionali) e contenuti (ad esempio, nell'intreccio tra produttività e salario, ovvero tra difesa dei livelli occupazionali, ridefinizione dei percorsi di carriera all'interno dei gruppi, creazione di nuovi profili professionali), ma anche per prodotto (più « accordi programmatici che [...] fonti propriamente normative ») e, in definitiva, per funzioni e struttura del soggetto collettivo (25). E, sotto questo aspetto, diviene davvero nevralgica la capacità dei soggetti collettivi di dotarsi di una struttura organizzativa idonea a conferire alla propria azione una dimensione transnazionale analoga a quella dei processi economici sui quali intendono intervenire, in modo da essere presenti nei luoghi in cui si formano le scelte del capitale.

D'altra parte, neppure può essere trascurato il fatto che la variegata composizione — non solo per dimensioni — del mondo delle imprese del nostro Paese, che la disciplina in questione vorrebbe apparentemente esaltare, risulta invece del tutto obliata dal concreto articolato normativo, che pone sotto un unico velo situazioni affatto diverse. Non si può ignorare infatti che, allorché i luoghi della regolazione concernano microcosmi locali o aziendali, il *punctum dolens* è in realtà talora rappresentato dalla mera esigenza di ridurre i costi, attraverso qualsiasi strumento; microcosmi sui quali, evidentemente, pure si scaricano gli effetti dei processi economici globali e nei quali, però, sono tradizionalmente presenti, ben prima dell'attuale crisi e dello stesso sviluppo di quei processi, ampie sacche di violazione delle tutele legali e di mancata applicazione di quelle contrattuali.

Se si accetta, insomma, di ricondurre lo sguardo sulla reale composizione del nostro sistema produttivo, può formularsi la previsione secondo cui il reale assetto dei rapporti di forza e le diffi-

(24) Ales, 2011, 6.

(25) Su questi profili, non in connessione con la disciplina dell'art. 8, Sciarra, 2011 (352, per il virgolettato) e già Ead., 2009. Sulla contrattazione transnazionale a livello di impresa e i suoi limiti, v., tra i più recenti, Scarponi, 2011b; Guarriello, 2012.

coltà economiche in molte aree del nostro Paese costituiranno il migliore volano per una concreta attuazione dell'art. 8, d.l. n. 138. Per chi ha modo di seguire le vicende negoziali in diverse aziende, è evidente che la previsione, nonostante le difficoltà interpretative e i problemi di costituzionalità che ne derivano, non è certo destinata all'oblio, ma si è anzi assicurata un lasciapassare per la futura memoria (26), in virtù delle opportunità enormi che essa offre.

Molto chiari sono, dunque, i potenziali esiti che dall'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 8 possono derivare in ambiti produttivi che, pur subendo gli effetti della crisi globale, non posseggono i mezzi delle imprese multinazionali. Certo, non si può escludere che esso, se utilizzato in modo oculato, possa costituire un volano per lo sviluppo del confronto sindacale in contesti sinora alieni da qualsiasi modello di interlocuzione sindacale, offrendo sostegno al rilancio del sistema produttivo delle piccole e medie imprese grazie al coinvolgimento delle organizzazioni sindacali a livello territoriale e dei governi locali (27). Al contempo, però, l'assoluta equiparazione funzionale tra il livello territoriale e quello aziendale reca con sé non solo il rischio che la contrattazione aziendale si traduca in una mera *contrattazione concessiva*, dal « fiato corto » (28), ma anche quello di favorire la riduzione (della dinamica) delle relazioni sindacali a (lla dinamica delle) relazioni intersoggettive individuali, nelle quali l'esigenza di fronteggiare il "rischio" occupazionale potrebbe indurre all'accettazione di abbassamenti di tutela anche molto significativi, assecondando, in definitiva, la già rammentata tendenza alla violazione delle tutele e favorendo processi di *dumping* interno.

Operate queste pur sintetiche puntualizzazioni e tornando al tema che si intende qui più analiticamente affrontare, va dunque

(26) Né, evidentemente, un reale ostacolo alla sua attuazione potrà derivare dalla postilla aggiunta il 21 settembre 2011 al citato AI del 28 giugno 2011, poiché — al di là della sua effettiva idoneità a fondare un impegno a non far ricorso all'art. 8 (cfr. Cella 2011, 141; Perulli Speciale, 2011, 60 ss.; Galantino, 2011, 24; De Luca Tamajo, 2012b, 27 s.; Barbieri, 2012) — essa non è comunque in grado di paralizzare l'attività negoziale a livello periferico. D'altra parte, estremamente significativa è la scomparsa della questione relativa alla conservazione o meno della previsione dallo scenario dell'attuale dibattito sulla riforma 'Fornero'.

(27) Cfr. Trigilia, 2011, 120. V. anche Zoppoli L., 2011a, 21.

(28) Trigilia, 2011, 120.

osservato come la non recente matrice della previsione rende ancora più significativa la scelta legislativa di intervenire in modo perentorio su alcuni dei gangli vitali della disciplina senza però porre mano, al contempo, ad una più profonda revisione delle *regole* sulla produzione su cui si basa il nostro diritto sindacale.

Un diritto stretto tra il progetto di legislazione speciale del contratto collettivo disegnato dal Costituente, mai attuato, e il vestito “privatistico”, non costruito su misura, ma solo adattato alle mutevoli esigenze e riadattato, in tempi più recenti, alle necessità di tenuta di accordi non sottoscritti da tutti i protagonisti storici delle relazioni sindacali (29); tra una selezione spesso approssimativa dei livelli e dei soggetti negoziali competenti a completare o derogare la legge e il rilevante (ormai, con l’art. 8, impressionante) carico regolativo che ad essi viene attribuito.

L’elemento centrale della presente riflessione, dunque, è rappresentato dal combinato operare di azioni e omissioni, su questo terreno, del legislatore. Anche se, merita di essere chiarito sin da questa premessa, non è ancora tempo di bilanci e neppure è possibile intravedere i germi di una nuova e complessiva teorizzazione della materia; salvo che, una volta varcata, espressamente e chiaramente, la soglia della seconda parte dell’art. 39 Cost., il dibattito giuridico, sindacale e politico non produca una forte spinta verso un più complessivo intervento riformatore, al cui interno trovi spazio anche l’attuazione della previsione costituzionale o, se del caso, la sua modifica o abrogazione (30).

Ed invero, in virtù della ponderosa presenza del citato art. 8, non è più immaginabile un intervento, concernente sia l’efficacia dei contratti collettivi, sia il sistema contrattuale, che non veda un nuovo e diretto coinvolgimento del legislatore. Con buona pace di quanti, ancora di recente, continuano a confidare nelle capacità regolative dell’autonomo sistema di relazioni sindacali e a rifiutare, a Costituzione invariata, la stessa idea dell’attuazione dell’art. 39 Cost.

(29) Caruso, 2011, spec. 288 ss.

(30) Si pensi, tra gli altri, al tenore dei disegni di legge presentati nel 1989 da Giugni e da Ghezzi.

2. *Il contratto collettivo: la tenuta, nonostante il dissenso. Rapporti tra livelli ed efficacia soggettiva del contratto aziendale.*

Queste osservazioni proiettano anzitutto l'analisi sulla seconda parte dell'art. 39 Cost., che nel corso del tempo ha costituito un vero e proprio muro, non senza crepe, sul quale si sono abbattute le ricostruzioni teoriche volte a sostenere l'*erga omnes* a tutti i costi.

Non ha certo senso ripercorrere — in questa sede — la storia della mancata attuazione di quella previsione ed esprimere un'ennesima opinione sulla ripartizione delle relative responsabilità. Né giova riproporre un'ulteriore ricostruzione delle modalità attraverso le quali — non senza distinguo, ripensamenti e perduranti critiche (31) — il contratto collettivo è stato inquadrato entro gli schemi privatistici (32); inquadramento al quale tuttora la giurisprudenza, in larga maggioranza, si attiene (33), nonostante la difficile conciliabilità tra la natura privatistica di quel contratto e le sempre più rilevanti e diversificate funzioni attribuitegli dalla legge (34).

Se mai, appare utile sottolineare che proprio l'intervento legislativo d'estate, con la comparsa improvvisa di una previsione che sancisce espressamente l'efficacia generalizzata di alcuni contratti collettivi, ha confermato quanto avvertito fosse il "bisogno" di *erga omnes* nel nostro sistema di regolazione lavoristica (35): lo stesso art. 8, infatti, rappresenta una sorta di attuazione parziale dell'art. 39, cc. 2 ss., Cost. (36), della cui coerenza con la previsione costituzionale si tratterà più innanzi.

(31) Da ultimo, Romei, 2011a.

(32) Sul tema, ci si limita a rinviare ad uno degli ultimi contributi di Gianni Garofalo (2011).

(33) Con tutte le conseguenze, ad esempio, sul piano della efficacia soggettiva del contratto, della durata, del recesso, del riconoscimento della libera scelta datoriale in merito al contratto eventualmente da applicare (anche in contrasto con i criteri dettati dall'art. 2070 c.c., fatti salvi taluni effetti, ad es. in tema di determinazione della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost.) e così via.

(34) Rusciano, 2003, 349.

(35) Sia pure al fine di dare risposta ad esigenze diverse da quelle che risultavano prioritarie negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, ma ben emerse nel corso del tempo ed esplose a ridosso delle vicende connesse alle intese nazionali non unitarie e, soprattutto, agli accordi Fiat (Carinci F., 2011b, 46 s.).

(36) Carabelli, 2012.

Come noto, nell'articolato e pluriennale dibattito sull'efficacia soggettiva del contratto non sono mancati approcci volti a sminuire la forza impeditiva della previsione costituzionale ovvero a relegare nell'ombra il progetto del Costituente. Tali approcci erano evidentemente fondati sulla combinazione di diversi fattori, per il vero non risolutivi, ma comunque ritenuti "virtuosi" poiché in grado di garantire la tenuta del sistema nonostante la mancata attuazione di quel progetto; fattori relativi ai due profili dei quali si compone essenzialmente la questione.

Sotto un primo profilo, connesso alla prospettiva "acquisitiva" dell'estensione delle tutele contrattuali, un fattore di grande impatto è riconducibile — oltre che a ben note "soluzioni" giurisprudenziali — alla sempre più ampia diffusione, anche nella legislazione regionale, e alla crescente incisività, nelle concrete dinamiche economiche, delle tecniche legislative volte a favorire l'estensione della applicazione del contratto collettivo anche ai lavoratori dipendenti da datori non iscritti alle associazioni datoriali stipulanti (37).

Il secondo profilo delle questioni scaturenti dall'inquadramento del contratto collettivo entro gli schemi privatistici concerne, invece, le modalità di "neutralizzazione" del dissenso dei singoli lavoratori, sviluppatosi soprattutto (anche se non esclusivamente) nei confronti di accordi aziendali. In questo caso, il

(37) Il riferimento, evidentemente, è a quella legislazione che, in vario modo, ha subordinato il godimento di benefici di diversa natura all'applicazione dei contratti collettivi o di condizioni di lavoro non inferiori a quelle da essi risultanti; oppure ha previsto l'obbligo di applicare il trattamento economico e normativo contemplato dai contratti collettivi per coloro che sottoscrivano contratti con la PA per forniture di servizi, prodotti, lavori, opere. Si pensi, ad esempio, all'art. 36, l. n. 300/1970; all'art. 10, l. n. 30/2003 (che ha sostituito l'art. 3, d.l. n. 71/1993, conv. dalla l. n. 151/1993); all'art. 118, comma 6, codice contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006; cfr. già art. 18, comma 7, l. n. 55/1990); all'art. 1, comma 1175, l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), nonché alle numerose leggi regionali che intervengono nella stessa prospettiva. Si tratta, comunque, di previsioni la cui portata va oggi letta alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nel caso *Rüffert*, in cui è stata dichiarata non conforme alla libera prestazione dei servizi la normativa del *Land* della Bassa Sassonia sugli appalti pubblici che imponeva alle imprese appaltatrici (e subappaltatrici) l'applicazione della retribuzione minima prevista dai contratti collettivi (privi di efficacia *erga omnes*) del luogo di esecuzione del contratto di appalto. Sulla possibile incidenza di tale giurisprudenza sui meccanismi interni di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi, da ultimo, Garofalo M.G., 2011, 527, nonché, con riferimento alla situazione creatasi in Germania dopo la sentenza, de Salvia, 2012.

principale fattore virtuoso, pur nel contesto della mancata attuazione dell'art. 39, risiede nella capacità del sistema di relazioni industriali di prevenire, soprattutto grazie alla unità dell'azione sindacale, il rischio che il dissenso di singoli — che di per sé, mediante il ricorso alla risorsa giudiziaria, può, come spesso è accaduto, minare gli equilibri faticosamente raggiunti in sede negoziale — si inserisca nel quadro di un più ampio e, potenzialmente, ancor più incisivo dissenso di gruppi organizzati.

Non si tratta, ovviamente, di un problema nuovo, se è vero che la dottrina torna ciclicamente ad occuparsi della questione e, soprattutto, che i repertori sono abbastanza ricchi di pronunce, di vario segno (38).

Un primo approccio giurisprudenziale, che potremmo definire *costituzional-privatistico*, esclude che il contratto aziendale, anche se stipulato da sindacati maggiormente rappresentativi, possa esplicare efficacia nei confronti dei lavoratori dissenzienti e che non vi abbiano aderito né individualmente né tramite il soggetto collettivo cui appartengono; ciò, in virtù del fondamento privatistico del nostro sistema di contrattazione collettiva e, sul piano costituzionale, della perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost. (che concernerebbe anche il contratto aziendale), coniugata al necessario rispetto del principio fondamentale di libertà sindacale (39).

Un secondo approccio, *pragmaticamente* condizionato dalla necessità di garantire la tenuta delle intese di secondo livello, afferma invece l'efficacia generalizzata delle clausole degli accordi aziendali in virtù della indivisibilità della materia disciplinata e/o degli interessi collettivi dei lavoratori su cui l'accordo incide (40).

(38) La trattazione più recente, con ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, è in Lunardon, 2012.

(39) Le sentenze più note sono Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403 e Cass. 24 aprile 1993, n. 4802 (che si segnala per la conferma di questi principi anche in presenza di un rinvio legale: il caso era relativo all'art. 5, c. 2, ora abrogato, della l. 9 dicembre 1977, n. 903).

(40) L'approccio è chiaramente debitore nei confronti della costruzione dottrinarica che, proprio dall'*empirica* verifica dell'indivisibilità della materia e/o degli interessi, desume la *giuridica* necessità di un'applicazione uniforme della disciplina collettiva che attinga a profili organizzativi: si vedano, tra le più recenti, le posizioni di Persiani, 1999, 811 ss.; Liso, 1998, 260; Zoli, 2002, 308; Proia, 2002, 137; Lunardon, 1999, 234 ss. e 2012, 36 ss. (anche per ulteriori riff.). Ma su questi approcci giurisprudenziali e dottrinali v. le critiche specificamente formulate (ovvero le obiezioni comunque ricavabili), tra gli altri, da Del-

Sennonché, spesso l'operazione di salvataggio è variamente temperata proprio mediante il recupero della prospettiva privatistica e dei principi di libertà sindacale. Così, in taluni casi si pone la condizione che l'accordo non contenga solo disposizioni peggiorative, le quali devono essere compensate, almeno parzialmente, da altri vantaggi, poiché altrimenti « l'estensione dell'efficacia a lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti e non disposti ad accettare gli effetti della *res inter alios acta* confliggerebbe con i principi di libertà di associazione e di organizzazione sindacale senza trovare il bilanciamento con valori almeno pariordinati, ossia cancellerebbe totalmente un sistema tutt'ora fondato su principi privatistici » (41). In altri casi, senza passare attraverso il problematico schermo del temperamento delle partite dello scambio, si giunge a sostenere che, indipendentemente dalla riconducibilità o meno dei contratti aziendali all'art. 39, c. 4, la loro efficacia generale (pur riconosciuta in linea di principio per le già menzionate caratteristiche di inseparabilità degli interessi) deve essere però, da un lato, conciliata « con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà — di organizzazione e attività — sindacale [...] e, dall'altro, collocata nel nostro sistema giuridico (segnatamente, di diritto sindacale), che resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e [...] sulla rappresentanza negoziale, e non già legale o istituzionale, delle organizzazioni sindacali »; ne deriva che la regola generale non può applicarsi ai lavoratori che aderiscano ad un'organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale e ne condividano l'esplicito dissenso (42).

Speculare, infine, è la giurisprudenza, ampia e articolata, che, pur senza negare i limiti di efficacia soggettiva impliciti in ogni atto negoziale collettivo, ritiene però realizzato l'effetto

l'Olio, 1980, 109 ss. (spec. 123 ss.); Grandi, 1985, 441; Caruso, 1992, 173 ss.; Nogler, 1994; Lassandari, 2001, 308.

(41) V. Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438. Strana sentenza, questa, perché non considera affatto che il mero trattamento peggiorativo sostanzialmente non esiste, dal momento che, all'interno di una certa valutazione degli interessi collettivi, sarà pur sempre compensato da altri vantaggi (salvo che la Corte non intendesse riferirsi all'azione negoziale di sindacati meramente asserviti al datore di lavoro).

(42) Cass. 28 maggio 2004, n. 10353; ma v. anche App. Brescia 7 marzo 2009 (accenti fortemente critici su questo filone, soprattutto in Tosi, 2011a e 2011b, 24)

estensivo allorché ricorrano una serie di *escamotages*, fondati sui principi civilistici (l'acquiescenza, in primo luogo) ovvero su comportamenti partecipativi del lavoratore (quale la partecipazione alle elezioni delle rsu) (43).

I diversi filoni in questione, è bene osservare, si intrecciano spesso con quelli, anch'essi variegati, concernenti il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello (44), ché — nella gran parte delle situazioni — il lavoratore dissenziente è in grado di richiedere l'applicazione della previsione di categoria in sostituzione della regola antinomica fissata a livello aziendale.

Anche in questo campo, come noto, in giurisprudenza sono emersi diversi filoni interpretativi; soprattutto, il riconoscimento — ormai da tempo prevalente — della libera derogabilità, anche in senso peggiorativo, dei contratti di livello superiore da parte di quelli decentrati (sulla base di criteri di specialità e/o autonomia tra livelli, ma, in definitiva, della necessaria combinazione del ri-

(43) In generale, la questione della sottoposizione alla disciplina collettiva del lavoratore dissenziente è stato peraltro oggetto, come noto, di rilevanti teorizzazioni dottrinali (il cui tratto comune può essere rinvenuto nella esigenza di garantire la tenuta della regolamentazione collettiva). Nel rinviare alla ricostruzione di Lunardon 2012 (ma già, più analiticamente, Lunardon 1999, 161 ss.), in questa sede ci si limiterà a rammentare, senza pretesa di esaustività e scontando una inevitabile semplificazione, le tesi fondate sull'acquiescenza o sul mancato dissenso del lavoratore rispetto ai prodotti della fonte collettiva (cfr., pur nella diversità dei percorsi argomentativi, Liebman, 1993, 266; Prosperetti G., 1989, 186 ss.; Tosi P., 1985, 374 ss.); sul mancato rifiuto del singolo di assoggettarsi, più in generale, alla fonte collettiva, vera e propria *fonte-fatto* (Proia, 1994, 192 ss.); sulla sua partecipazione all'elezione del soggetto contrente o alla formazione della decisione collettiva sul singolo contratto (cfr. Caruso, 1992, 242 ss. e 259 ss.); sull'inclusione del lavoratore nella fattispecie sindacale di autotutela attraverso un qualsivoglia comportamento organizzatorio, anche qualora esso sia passivo o dissenziente (Scarpelli, 1993, 223 ss., spec. 234 ss.); sulla considerazione della libertà di contrattazione quale espressione di un potere di qualificazione e, quindi, di tipizzazione della fattispecie sindacale a valenza generale, alla cui definizione il singolo può non partecipare (nell'esercizio della sua libertà negativa), pur conservando il diritto di accedere alle relative 'conseguenze' e, parimenti, non potendo ad esse comunque sottrarsi (Pedrazzoli, 1990, 388 ss. e 581 ss.); sulla misurazione *ex post* dell'efficacia generale del contratto collettivo aziendale, desumibile dall'adeguata aggregazione di consenso da parte dei prestatori, ovvero da una 'tollerabile' presenza di forme di dissenso (Lassandari 2001, 340).

(44) Anche su tali aspetti e per la ricostruzione del relativo dibattito dottrinale, ci si limita a rinviare, tra i più recenti, ai contributi di Tosi, Pessi R., Bellavista, Zoli, Del Punta, Santoro Passarelli G. (tutti in Carinci F., a cura di, 2011), nonché a Lunardon, 2012, 57 ss.

conoscimento della copertura costituzionale di cui gode l'azione di qualunque soggetto collettivo, anche se aziendale, con l'attribuzione di prevalenza al precetto con ambito di applicazione più ristretto, poiché più vicino al fenomeno da regolare), di per sé, nulla ancora dice in merito alla individuazione dei meccanismi di imputazione degli effetti di questi accordi (45).

Nel complesso, si tratta di un quadro giurisprudenziale tutt'altro che idoneo a fornire una stabile risposta alle esigenze di tenuta degli accordi; con effetti tanto più incisivi allorché al dissenso dei singoli si affianchi la contestuale diffusione di forme di dissenso collettivo rispetto alle scelte compiute al tavolo negoziale.

Le vicende degli ultimi anni hanno reso, quindi, più alta la sfida per il sistema di relazioni industriali nella pragmatica ricerca di strumenti idonei a garantire — nel contesto delle sempre più ampie competenze attribuite dalla legge a tutti i livelli di contrattazione e della spinta sempre maggiore, proveniente da diverse fonti, all'aziendalizzazione dei trattamenti — l'assorbimento di quel dissenso, aprendo però, al contempo, adeguati spazi di verifica democratica della reale volontà dei lavoratori interessati.

2.1. *Efficacia soggettiva, rapporti tra livelli: lo spostamento dei luoghi della tutela nell'autonomo sistema.*

L'intervento della contrattazione collettiva su questo terreno è il frutto di un faticoso percorso che, dalle prime esperienze di alcuni contratti di categoria in materia di *clausole d'uscita (o d'apertura)*, passando per una delicata fase di forte conflittualità interna al mondo sindacale — con i ben noti nodi critici rappresentati dalla mancata sottoscrizione da parte della Cgil, a partire dal 2009, di taluni accordi nevralgici nella riscrittura delle regole del sistema di relazioni industriali (46) —, ha poi condotto alla scelta, complessa e forse instabile, di imboccare una strada unitariamente condivisa nella ridefinizione dei rapporti tra livelli, nella

(45) V. Santoro Passarelli G., 2010, 503.

(46) Ci si riferisce, in particolare, all'Accordo Quadro non sottoscritto da Cgil nel 2009 e all'AI Confindustria, applicativo dell'AQ e anch'esso non unitario, del 2009 (ma cfr. anche l'Accordo interconfederale applicativo dell'intesa 21 novembre 2008, sul sistema di assetti contrattuali, delle relazioni sindacali e della bilateralità nell'artigianato).

disciplina dell'efficacia degli accordi e nella stessa determinazione dei soggetti del contratto nazionale.

Nell'AI unitario Confindustria-Cgil, Cil, Uil del 28 giugno 2011, la progettualità dei protagonisti delle relazioni industriali in questo campo ha raggiunto, probabilmente, il più alto livello di consapevolezza delle questioni giuridiche in campo (47).

Proprio in questo accordo, infatti, le parti non si sono limitate a disciplinare gli assetti della contrattazione e i rapporti tra livelli mediante clausole di rinvio e clausole che consentono la sottoscrizione di intese modificative a livello decentrato (v. punti 3 e 7) (48), ma, per la prima volta, si sono preoccupate di collegare questa dimensione con quella relativa alle condizioni necessarie affinché le intese di secondo livello siano efficaci nei confronti di tutti lavoratori e delle stesse organizzazioni sottoscrittrici dell'AI (v. punti 4, 5 e 7, ultimo periodo).

L'obiettivo di questa articolata regolamentazione (e del complesso processo negoziale che l'ha prodotta) è, insomma, quello di garantire alle imprese che « la regola collettiva [costituisca] un adeguato argine contro il dissenso » (49), di assicurare loro la neutralizzazione non solo del dissenso individuale, ma anche di quello collettivo: ciò, peraltro, a condizione che le deroghe aziendali siano inserite nel contesto di quella regolamentazione per quanto attiene alle finalità, alle materie, ai soggetti e ai processi negoziali, nonché alle modalità di verifica democratica delle volontà dei lavoratori coinvolti. Verifica garantita, è bene precisare, tramite un sistema di democrazia rappresentativa, in caso di accordo sottoscritto dalle rsu elettive (a maggioranza dei componenti) ovvero, in alternativa, qualora la sottoscrizione sia delle sole rsa (ancora a

(47) Sull'AI, senza pretesa di esaustività, v. Romagnoli, 2011a (con forti accenti critici); Caruso, 2011; Scarpelli, 2011; Carinci F., 2011b, 15 ss. (e Carinci F., 2011a); Persiani, 2011b; Ferraro, 2011, 14 ss.; Ferrante, 2011; Angiolini, 2011; Treu, 2011b; Miscione, 2011; Romeo, 2011; Bavaro, 2011b; Ales, 2011, 10 ss.; Corti, 2011, 365 ss.; Fontana, 2011; Liebman, 2011; Lassandari, 2012; Occhino, 2012, 76 ss.; Ricci M., 2012, nonché i contributi di Magnani, Del Conte, Pessi R., Proia, Martone M., Tiraboschi, Dell'Aringa, Tria, Santini, Pirani e Sbarra, in *DRI*, n. 3/2011 e di Proia, Santoni, Tosi, Zoli e Santoro Passarelli G., in Carinci F., a cura di, 2012. In taluni di questi contributi, anche l'analisi del rapporto con il Protocollo del 1993, nonché con l'AQ del 2009 e con la relativa intesa applicativa.

(48) Intese modificative che potrebbero dettare una disciplina difforme dal cenl sperimentale, temporanea ovvero stabile.

(49) Fiorai, 1991, 228.

maggioranza) (50), tramite la possibilità che venga richiesto il ricorso allo strumento referendario (51); e quest'ultimo si inserisce in tal modo, sia pure quale passaggio eventuale e non necessario, nel processo di acquisizione di efficacia generale degli accordi, senza comunque sostituirsi al ruolo dei soggetti collettivi (52).

Sia ben chiaro che il meccanismo così individuato si giova, ai fini della sua piena tenuta sul piano dei rapporti individuali di la-

(50) Il presupposto è che l'accordo sia sottoscritto dalle rsa « costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda ». Inoltre, per tali rsa è prevista una durata in carica di tre anni.

(51) La richiesta di referendum va avanzata, « entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione sindacale espressione di una delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti ».

(52) Fontana, 2011, 331. Si consideri, inoltre, che l'AI non si sottrae all'apertura di un ulteriore fronte, coerente con l'obiettivo di garantire la tenuta degli accordi, consistente nella previsione di clausole volte ad evitare l'insorgenza di conflitti collettivi in vigenza di contratto; clausole delle quali si è (nuovamente) discusso in sede di analisi degli accordi Fiat, le cui previsioni hanno contribuito a rivitalizzare, più in generale, anche il dibattito in materia di titolarità del diritto di sciopero (su cui, per tutti, Zoppoli A., 2006; Carinci F., 2009; Santoni, 2010; Loffredo, a cura di, 2010; Corazza, 2011; Scognamiglio, 2011; Mastinu 2011; Nogler, 2012b; Romei, 2012) e sulla opportunità o meno di una sua (ri)regolazione legislativa. In realtà, se si considera il contenuto delle clausole dei citati accordi Fiat (di responsabilità, integrative, di tregua), ma, soprattutto, le conclusioni cui una parte della dottrina era giunta nel dibattito ad esse relativo (sul quale v., anche per ulteriori rinvii, De Luca Tamajo, 2010; Ballestrero, 2011; Proia, 2011; Zoppoli A. 2011a, 16 ss. e 2011b; Chieco, 2011c; Liebman, 2011; Mastinu, 2011), l'AI si inserisce in una prospettiva meno incisiva, poiché prevede che le « clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva », ove inserite nei contratti aziendali sottoscritti secondo le procedure in esso fissate, « hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori » (punto 6). In tal modo, per un verso si afferma un vincolo immediato per i sottoscrittori dell'AI e per tutte le loro articolazioni periferiche (ma anche per le rappresentanze aziendali che ne siano « espressione »), per l'altro si esclude qualsiasi effetto limitativo dell'adesione individuale allo sciopero (si tratta, comunque, di una conclusione cui taluno era giunto già con riferimento alle clausole degli accordi Fiat: cfr. Chieco, 2011c). Su questa parte dell'AI, più analiticamente, Lassandari, 2012, 68 ss.; Ricci M. 2012, 54 s.; Proia, 2012, 99; Santoni, 2012, 122 ss.; Zoli, 2012, 147; Treu, 2011, 619 ss.; Bavaro, 2011b, 35 ss.; Caruso, 2011, 291 ss.

voro, di strumenti che non negano la natura privatistica del contratto collettivo (aziendale), ma che comunque ne consentono l'opponibilità *anche* a quanti ritenessero di sottrarsi a quella verifica democratica, non partecipando all'elezione della rsu o al referendum (53). Ed infatti, lo strumento qui invocabile, più che quello fondato direttamente sullo strumento di democrazia di volta in volta utilizzato, appare quello — privatistico, sperimentato e idoneo a garantire la tenuta giurisprudenziale — dell'accettazione da parte dei lavoratori della disciplina del contratto nazionale di categoria e, più in generale, di livello superiore (54): accettando i benefici (le previsioni di tutela) del sistema negoziale nazionale, i lavoratori accettano anche le competenze derogatorie

(53) In questa sede ci si limita ad accennare che, di per sé, la sottoscrizione a maggioranza da parte delle rsu non sarebbe sufficiente a ritenere vincolati i lavoratori che non hanno partecipato alla loro elezione (Pessi R., 2011, 541 ss.; cfr. anche Perulli, Speciale, 2011, 56 ss.); del resto, come noto, la stessa equiparazione tra voto e iscrizione è messa da più parti in discussione (per tutti, Santoro Passarelli G., 1996, 6; Bellocchi, 1997, 289 ss.; Fontana, 2004, 93 ss.). *Contra*, da ultimo e con specifico rif. all'AI, Ferraro, 2011, 16, nel confermare la propria posizione, alla cui stregua « se tutti possono partecipare all'elezione dell'organo collegiale, quest'ultimo ha una rappresentatività naturale dell'intera collettività aziendale e pertanto vincola anche coloro che volontariamente scelgono di mantenersi estranei »; cfr. già Ferraro, 1981, *passim* e spec. 277 ss.). Al contempo, in linea generale, neppure lo svolgimento di un referendum è in grado di produrre, di per sé, l'estensione dell'efficacia dei contratti (cfr. Persiani, 2011a, 8; ma anche questa posizione, come noto, da molti non è condivisa). Tra quanti ritengono che i lavoratori non iscritti possano sottrarsi all'applicazione degli accordi firmati nel rispetto delle nuove regole, v. Orlandini, 2011; Alleva, 2011; Galantino, 2011, 23; Ricci M., 2012, 50; in senso diverso Scarpelli, 2011, 13 ss., ma pur sempre « in forza [...] dell'applicazione complessiva e inscindibile dei trattamenti collettivi (*comprendenti delle procedure sulla produzione delle regole* dell'organizzazione del lavoro e delle obbligazioni delle parti) » (corsivo mio) e, analogamente, Ferrante, 2011, 664 s.

(54) Ichino, 2011a. Il presupposto pratico di questa soluzione consiste, evidentemente, nell'accettazione della regolamentazione collettiva da parte dei lavoratori (v. anche Tosi, 2012, 131 ss., ma cfr. già Id., 2011a; in senso contrario, Lassandari, 2012, 64). Accettazione pressoché scontata, essendo da escludere, nei fatti, una (impensabile) anomia (su quest'ultimo aspetto, cfr. anche Del Punta, 2011, 1431), salvo che il lavoratore non sia in grado di imporre o rivendicare una regolamentazione *ad hoc* (da ultimo, Lambertucci, 2009, 561). Il problema riguarda, a ben vedere, solo l'ipotesi in cui al lavoratore sia data, almeno in linea teorica, la possibilità di scegliere tra due diversi contratti, come accade in caso di coesistenza di due contratti di pari livello *contestualmente* applicabili ad un determinato rapporto di lavoro (a questa ipotesi, come noto, è stata prevalentemente ricondotta la vicenda che ha interessato di recente i metalmeccanici); al riguardo, per una lettura delle antinomie regolative e del dissenso individuale e collettivo alla luce del divieto di discriminazione, v. Chieco, 2011a.

che esso riconosce al livello periferico e, per questa via, non possono poi sottrarsi alle deroghe concretamente adottate, a condizione che esse siano, appunto, coerenti con i limiti quali-quantitativi (materie e, all'interno delle stesse, confini eventualmente pre-determinati) e procedurali (soggetti sottoscrittori, procedure referendarie) fissati ai livelli superiori.

In presenza di un simile sistema di raccordi, infatti, l'eventuale pretesa di sottrarsi al precetto decentrato dovrebbe passare per il rifiuto del singolo dell'applicazione anche del ccnl che prevede e consente le deroghe aziendali (55).

Naturalmente, se il precetto antinomico esorbitasse dai limiti illustrati, il meccanismo di imputazione degli effetti basato su questi principi non potrebbe essere invocato (56); in tali casi, pertanto, pur ammettendo che la regola decentrata abbia pari dignità rispetto a quella di più ampia applicazione e possa persino prevalere su di essa (in base ai diversi criteri utilizzati dalla giurisprudenza in materia di rapporti tra contatti collettivi di diverso livello), resterebbe pur sempre il problema di individuare altri meccanismi di imputazione dei suoi effetti (57).

Un ulteriore profilo, attiene poi alla idoneità di questa regolamentazione ad incidere anche sull'efficacia soggettiva degli accordi aziendali che introducono deroghe alla legge, su rinvio di questa. Anche in questa evenienza, invero, l'AI può essere invocato quale *medium* per la estensione dell'efficacia degli accordi derogatori, ma solo a condizione che siano — anche in questo caso — rispettati i requisiti e i limiti procedurali e sostanziali in esso previsti.

Nelle ipotesi sopra richiamate, invero, la via per la generalizzazione dell'efficacia andrà ricercata altrove, secondo i fragili *escamotages* di volta in volta elaborati da giurisprudenza e dottrina.

(55) L'approccio è molto diffuso, pur con diverse impostazioni. In tale prospettiva, il problema della inidoneità delle regole fissate a livello interconfederale a vincolare i lavoratori non iscritti alle associazioni sottoscrittrici, posto da De Luca Tamajo, 2012b, 25 ss., sarebbe comunque superato in ogni caso di attuazione dell'AI (o anche di solo richiamo) da parte dei contratti di categoria e, pertanto, concernerebbe, al più, il regime transitorio.

(56) Cfr. anche Scarpelli, 2011, 14.

(57) In questi casi, essendo pur sempre individuabile un precetto comunque applicabile (quello contenuto nel contratto di livello superiore), non sussisterebbe neppure il rischio che si verifichi una situazione di anomia.

Ma anche qui, in concreto, un eccellente meccanismo di imputazione degli effetti sui singoli rapporti di lavoro sarà rappresentato dall'accettazione da parte del lavoratore della disciplina negoziale derogatoria (58). Al pari di quanto accade se si tratti di deroghe alla legge inserite in un ccnl che regolamenti l'intero rapporto, infatti, un rifiuto sarà difficilmente ipotizzabile allorché lo scambio negoziale a livello aziendale si presenti complesso e caratterizzato da benefici, oltre che da partite passive. Rara, infatti, sarà l'ipotesi che il lavoratore si sottragga all'applicazione dell'intera disciplina collettiva aziendale che abbia tali caratteristiche (più che dal richiamo all'inscindibilità della materia o dell'interesse tutelato, la tenuta degli accordi sarà dunque garantita dalla inscindibilità della disciplina contrattuale); rara, ma teoricamente possibile e giuridicamente tutelabile, in presenza di regole di disciplina del rapporto *aliunde* ricavabili.

2.2. Efficacia soggettiva, rapporti tra livelli: lo spostamento dei luoghi della tutela nell'art. 8, d.l. n. 138, e la "variante" dell'arretramento della norma lavoristica.

Orbene, tra gli effetti di maggior rilievo dell'art. 8 vanno annoverati — in apparente sintonia con la scelta consacrata nell'AI del 2011 — proprio quelli connessi all'intreccio tra prevalenza dell'accordo di secondo livello su quello di primo livello, da un lato, e neutralizzazione del dissenso, dall'altro.

Senonché, le ragioni dell'intervento legislativo si intravedono, sotto questo aspetto, proprio in virtù delle puntualizzazioni sopra compiute in merito ai limiti della scelta operata dai protagonisti delle relazioni industriali, risultando non solo benevola, ma anche parziale ogni chiave di lettura volta ad enfatizzare l'obiettivo di garantire, mediante la legge, la tenuta del sistema autonomamente costruito.

Una lettura realistica della previsione, dunque, non può non scorgere in essa l'intento di forzare la mano alle parti sociali, dettando dall'alto la loro agenda e ampliando il più possibile, anche al di là di ciò che le organizzazioni sindacali erano disposte a concedere, gli spazi per le possibili deroghe al ccnl, in coerenza con le

(58) In generale, Proia 2011, 211 ss.

prospettive di decentramento “spinto” cui si è fatto cenno in apertura. Proprio questi ulteriori spazi derogatori necessitavano, ovviamente, di una copertura legislativa e, pertanto, era necessario compiere un passo inedito rispetto alla precedente legislazione, intervenendo espressamente sull’efficacia del contratto, dotandolo di efficacia generale *ope legis*.

Al contempo, ancora in coerenza con l’ulteriore obiettivo di incidere profondamente sui *luoghi* della tutela mediante l’arretramento della norma lavoristica, si è colta l’occasione per innescare anche un inedito meccanismo di deroga negoziale rispetto alla legge. Il nuovo modello, pur prestandosi ad essere presentato come alternativa virtuosa rispetto alla scelta di una secca deregolazione (59), non ha infatti pari nel quadro dei precedenti modelli di rapporti tra legge e contrattazione collettiva (60). In questo caso, invero, la *quantità* dei rinvii derogatori e la *qualità* delle materie interessate, unite alla selezione univocamente *localistica* della sede delle potenziali deroghe, rende l’intervento tutt’altro che sintonico con le tecniche di flessibilità contrattata e controllata, già da tempo sperimentate; ed è altresì chiaro che quanto più è ampia la facoltà di deroga, tanto più i problemi che verranno di seguito affrontati risultano, in concreto, rilevanti.

In definitiva, sia pure a condizione che le intese perseguano le finalità previste nel c. 1 (61), che siano sottoscritte, secondo un

(59) V. Tiraboschi, 2012, 79.

(60) Per un confronto sul grado di affinità tra il nuovo modello e le tecniche che lo hanno preceduto v., ad esempio, le opposte posizioni di Perulli, Speciale, 2011 (spec. § 4) e Tiraboschi, 2012, 88 ss.; cfr. anche i variegati approcci di Vallebona, 2012; Pessi R., 2011, spec. 548 ss.; Carinci F., 2011b, 72 ss.; Senatori, 2011; Magnani, 2012, 5; De Luca Tamajo, 2012a, 13; Del Conte, 2012, 37 ss.; Pisani, 2012, 70 s.; Bellomo, 2012, 283 ss. (che, criticando l’utilizzo di un’inedita tecnica devolutiva riguardante intere materie, pone una specifica questione di costituzionalità connessa al mancato rispetto, da parte del legislatore, del dovere di formulare norme chiare ed intellegibili).

(61) Se è pur vero che l’ampiezza delle finalità renderà più agevole dimostrare la sussistenza delle ragioni (cfr. Vallebona, 2012), non v’è dubbio che dall’accordo debba — quantomeno — potersi desumere che le regole adottate siano effettivamente strumentali al raggiungimento di una o più tra le finalità indicate. Sotto questo aspetto, la vaghezza o indeterminazione di alcune di esse non è detto che rappresenti un vantaggio (si pensi a quelle relative alla qualità dei contratti di lavoro e all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori). Sulla questione in generale, ma con particolare riferimento all’ammissibilità e ai limiti del controllo giudiziale (profilo sul quale in dottrina si registrano posizioni estremamente diversificate), v. Perulli, Speciale, 2011, 32 ss. (in connessione con il controllo di ra-

criterio maggioritario, dai soggetti selezionati dal legislatore (62), che riguardino le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione elencate nel c. 2 (63) e che siano pur sempre adottate nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative sovranazionali (64), l'intervento legislativo in questione è diretto a produrre numerosi effetti.

In primo luogo, con riferimento alla ricca gamma di specifici rinvii legislativi già presenti nella legislazione lavoristica o che verranno eventualmente introdotti in futuro (ad esempio, nel con-

zionalità/ragionevolezza dal quale, secondo gli Aa., non potrebbero sottrarsi gli accordi di prossimità) e 41 ss.; Ales, 2011, 20; Zoppoli L., 2011b; Carinci F., 2011b, 38; Marazza, 2012, 44; Magnani, 2012, 8, nt. 18 (ove si esclude la possibilità di un controllo sia giurisdizionale che amministrativo); Galantino, 2011, 5 s.; Pisani, 2012, 72; De Luca Tamajo, 2012b, 21; Bellavista, 2012, 312.

(62) *Infra*, § 4.2.

(63) Non ci si può soffermare, in questa sede, sulla latitudine e sull'esegesi di ciascun riferimento contenuto nell'elenco dettato dal c. 2, che, peraltro, larga parte della dottrina ritiene di dover interpretare in senso restrittivo (su questi aspetti, si rinvia a Perulli, Speciale, 2011, 43 ss.; Maresca, 2012; Marazza, 2012, 51 ss.; Fili, 2011; Corti, 2011, 376 s.; Zoppoli L., 2011b; Galantino, 2011, 7 ss.; Albi, 2012, nonché ai contributi di Lambertucci, Brollo, Mattarolo, Cester, Voza, Menghini, Zilio Grandi e Russo, tutti in Carinci F., a cura di, 2012). Preme però almeno evidenziare un profilo rilevante nella struttura della norma: nonostante l'ampiezza della "materia" organizzativa, è comunque ad essa che bisogna far riferimento nella interpretazione delle materie e/o istituti e/o profili di disciplina elencati (Cester, 2012, 409); in particolare, l'effetto derogatorio può prodursi a condizione che sia riscontrata « la concretezza dell'impatto organizzativo o produttivo di un'intesa derogatoria » e che la deroga sia delimitata « ai profili dell'istituto che si riverberano (e possono riverberarsi) su organizzazione del lavoro e produzione [...]. Insomma la deroga non può avere né carattere generale e astratto (non siamo in presenza di fonti simil-legislative) né portata 'soggettiva', ma dovrebbe essere riconducibile ad un 'giustificato motivo oggettivo', sul quale può esservi un controllo giudiziale preliminare rispetto alla questione della materia in cui si verta » (Zoppoli L. 2011b).

(64) Sulla portata di questa limitazione, contenuta nel c. 2-bis, v. Perulli, Speciale, 2011, 48 ss.; Bonardi, 2011; Romei, 2011b; Ales, 2011, 23 s.; Ichino, 2011b; Pessi R., 2011, 551 ss.; Fili, 2011; Corti, 2011, 378 s.; Zoppoli L., 2011b; Galantino, 2011, 3 ss. Anche con riferimento a questo aspetto va peraltro precisato che la salvezza delle predette fonti non può essere considerata ultronea e produce rilevanti effetti pratici. Infatti, la clausola derogatoria eventualmente difforme sarà invalida per violazione dell'art. 8, c. 2-bis; ciò, tra l'altro, determina dirette conseguenze, in caso di violazione, non solo sul piano del singolo rapporto di lavoro, ma anche — sussistendone i presupposti — sul piano sanzionatorio (se il vincolo non viene rispettato, infatti, l'accordo non può fungere da esimente rispetto all'applicazione della sanzione amministrativa eventualmente prevista dalla legge per violazione di una norma derogata dall'accordo stesso).

testo della riforma attualmente in discussione in Parlamento), esso si prefigge di:

— risolvere alla radice il problema dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, assegnando, in particolare, prevalenza alle « intese » derogatorie (d'ora in poi, deroghe) inserite nell'accordo aziendale (o territoriale) rispetto a quelle del ccnl, in tutti i casi in cui il rinvio operato dalla legge al contratto collettivo avvenga senza l'espressa selezione del livello competente (65);

— rendere possibili le deroghe aziendali (o territoriali) alle tutele legali anche con riferimento ai casi in cui la legge prevede, almeno in prima istanza, l'intervento del solo ccnl ovvero, pur non escludendo interventi derogatori in sede aziendale, prevede che essi siano introdotti con l'intervento dei soggetti collettivi di livello extra-aziendale (e non anche delle rsa e/o delle rsu) (66);

— consentire che con le deroghe aziendali (o territoriali), e solo con esse, siano rimossi vincoli e limiti eventualmente previsti dalla norma di rinvio.

Inoltre, anche con riferimento ai profili di disciplina rispetto ai quali il legislatore non contemplava sinora (o non contemplerà in futuro) alcuno specifico rinvio alla contrattazione collettiva, la previsione in questione intende:

— aprire ad un generale intervento derogatorio operato, nelle materie di cui al c. 2, mediante i contratti decentrati in essa contemplati (e non anche con il ccnl);

— risolvere, anche in questo campo, il problema dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, in termini di prevalenza delle deroghe inserite nell'accordo aziendale rispetto alle discipline del ccnl che eventualmente contengano tutele più favorevoli (o diverse) rispetto a quelle legali.

Infine, e al contempo, l'art. 8 pretende di risolvere il pro-

(65) Sotto questo aspetto, la previsione può essere funzionale a prevenire la riproposizione di tesi gerarchiche, talora riaffioranti nella giurisprudenza, anche della Suprema Corte (v., ad es., Cass. 17 novembre 2003, n. 17377).

(66) La formulazione della previsione induce ad escludere che i più restrittivi rinvii contenuti in altre leggi possano prevalere, alla luce del criterio di specialità, sulle competenze direttamente attribuite alle « intese » contemplate dall'art. 8; ed infatti, il c. 2-bis stabilisce che esse possano operare proprio « in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 » (oltre che « alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro »).

blema della efficacia soggettiva di tutte le previsioni aziendali e territoriali che contengano deroghe ai sensi dei punti precedenti (67).

In proposito è bene chiarire che, astrattamente, un accordo decentrato avente i requisiti richiesti dal c. 1 potrebbe invece svolgere una diversa funzione, di miglioramento dello *standard* legale di tutela. Ed invero, l'innegabile connessione sussistente tra le previsioni dei cc. 1 e 2-*bis* non è biunivoca, poiché, se è pur vero che quest'ultimo attribuisce le già illustrate facoltà derogatorie solo alle « specifiche intese di cui al c. 1 » e, quindi, *unicamente alle intese che rispondano a tutti i requisiti in esso indicati* (68), l'efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati delle intese relative alle materie di cui al c. 2 è invece disposta, almeno stando alla lettera della previsione, a prescindere dall'effettivo ricorso a tali facoltà (69).

In ogni caso, non v'è dubbio che il profilo qui enfatizzato

(67) È bene puntualizzare che l'art. 8 non incide sulla derogabilità di previsioni del ccnl che attengono a profili non espressamente elencati nel c. 2 (cfr., tra gli altri, Maresca, 2012, 20); inoltre, lo stesso concetto di « deroga » (coniugato, appunto, con una limitazione oggettiva delle materie su cui la deroga può esercitarsi) esclude certamente che un contratto aziendale possa disporre o giustificare — ai sensi della norma in questione — una mera e secca disapplicazione di un ccnl vigente e applicato in azienda. Non si può pertanto condividere la soluzione accolta da T. Torino 23 gennaio 2012, che — nel pronunciarsi su uno dei tanti ricorsi presentati dalla Fiom ai sensi dell'art. 28, l. 300/1970, contro aziende del gruppo Fiat — ha ritenuto di poter ricondurre alla disciplina dell'art. 8, c. 2-*bis*, una fattispecie concreta ben diversa. L'azienda, che applicava da tempo ad una parte dei propri dipendenti il ccnl del settore gomma plastica, aveva infatti comunicato alle oo.ss. di tale settore il recesso, a far data dal 1° gennaio 2012, da tutti i contratti vigenti nazionali e aziendali, con conseguente contestuale cessazione dell'applicazione anche del ccnl gomma plastica (la cui naturale scadenza è fissata al 31 dicembre 2012) e l'applicazione, in sua vece, del contratto collettivo del 29 dicembre 2010, poi definitivamente sottoscritto il 13 dicembre 2011, tra la Fiat e le oo.ss. Fim, Uilm, Fismic, Uglm e Associazione Quadri e Capi Fiat. Si tratta, insomma, di un caso di integrale sostituzione (come ammette lo stesso giudice) di un contratto vigente con un altro; e ciò conduce inevitabilmente ad escludere l'applicabilità ad esso della disciplina del c. 2-*bis* del medesimo art. 8.

(68) Nello stesso senso, Fili, 2011, 978 s. Per una diversa lettura v. Marazza, 2012, 47 s. (in termini dubitativi) e, soprattutto, Vallebona, 2012, 346 (e 350) e Tremolada, 2012, 357: questi ultimi Aa. — sia pure attraverso differenti percorsi argomentativi — giungono a ritenere che il rispetto del criterio maggioritario (su cui si tornerà nel § 4.2) sia richiesto solo per l'acquisizione dell'efficacia generale dell'accordo e non anche ai fini del ricorso ai poteri derogatori contemplati dal c. 2-*bis*.

(69) Ma in proposito v. quanto si dirà *infra*, § 4, in merito ai contratti territoriali.

(l'effetto generale delle « intese » derogatorie) rappresenti la vera chiave di volta del progetto complessivo, se si hanno chiari gli snodi più critici emergenti dalla rapida esposizione sopra compiuta in merito alle posizioni espresse dalla giurisprudenza sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e, soprattutto, sull'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali.

Sotto questo aspetto, gli approdi cui giunge la norma appaiono dunque, di primo acchito, realmente risolutivi, quasi ovvi, nella loro semplicità.

Senonché, non appena si gratta sotto la fragile superficie, ci si accorge che questi approdi miracolosi sono raggiunti con un costo altissimo, aprendo numerose questioni, anche di legittimità costituzionale.

3. *L'art. 8, d.l. n. 138, e il profilo di costituzionalità per contrasto con l'art. 39, c. 1, Cost.*

Dall'analisi comparata dei diversi sistemi giuridici nazionali europei (e della loro evoluzione) emerge con nettezza la presenza di circostanze e fasi (economiche e politiche) nelle quali l'intervento dei governi avviene *nel* libero dialogo tra i soggetti delle relazioni collettive e casi nei quali l'azione dei governi opera mediante la *sovrapposizione* della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia (70).

Ebbene, se si considerano i potenziali effetti sopra illustrati, si comprende perché, come già accennato in premessa, l'art. 8 appaia, per quanto attiene al nostro Paese, come il più incisivo caso di *sovrapposizione* della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale; un intervento che neppure grazie al riferimento, in esso contenuto, all'AI unitario del giugno 2011 può aspirare ad essere letto come condotto *nel* libero dialogo contrattuale tra i protagonisti delle relazioni industriali.

Non v'è dubbio, infatti, che l'art. 8 proietti un cono d'ombra sul relevantissimo — ancorché faticoso e contrastato — processo auto-regolativo intrapreso dalle parti sociali, pur sempre iscritto in (e coerente con) quella prospettiva di decentramento “spinto”

(70) Veneziani, 1992.

cui si è fatto cenno. Ove si consideri lo sforzo di ricomposizione progettuale unitaria profuso nella riscrittura dell'assetto dei rapporti tra livelli, l'intervento legislativo in questione disvela, in definitiva, una chiara matrice autoritativa (71).

Da questo punto di vista, il punto critico non risiede tanto nella mancata presa di posizione sulle modalità di verifica della volontà dei lavoratori (72), quanto nello stravolgimento di quella regolamentazione (e del relativo castello di limiti sostanziali), derivante dalla scelta operata dal legislatore — in vece delle parti — dei campi sui quali possono intervenire le deroghe di prossimità alle discipline dei contratti di categoria, senza alcuna considerazione delle peculiarità dei settori produttivi e delle specificità dei contesti regolativi, dei rapporti di forza, delle condizioni economiche e così via.

Il processo regolativo così innestato — lo si è già chiarito — va quindi ben oltre l'esigenza di « stabilizzare e rafforzare la contrattazione aziendale, consentendone così lo sviluppo generato dalle dosi di certezza e funzionalità » (73), che avrebbero potuto essere immesse nel sistema della contrattazione collettiva. Quel processo, invero, comporta un vero e proprio capovolgimento della « impalcatura della contrattazione collettiva » (74) e contribuisce, in tal modo, a favorire « la destrutturazione degli assetti contrattuali fondati sui contratti nazionali di categoria », aprendo la strada ad « un *decentramento contrattuale disorganizzato* » (75).

Non si agisce, insomma, solo sul piano dell'incentivo alla contrattazione di prossimità, ma si dettano regole specifiche che, riconoscendo poteri derogatori ed efficacia generale al contratto decentrato, finiscono per incidere sugli equilibri raggiunti al tavolo negoziale che ha condotto alla sottoscrizione dell'AI (76).

(71) Sotto questo aspetto, merita di essere segnalata una differenza rispetto alla (di poco precedente) riforma spagnola della contrattazione collettiva, nella quale il primato del contratto aziendale è fissato in via sussidiaria, essendo modificabile mediante accordi interprofessionali (v. Cruz Villalón, 2012, spec. 247 ss.).

(72) Questione peraltro relevantissima ad altri fini, come si vedrà più avanti (§ 4.2).

(73) Maresca, 2011, nel criticare, prima delle modifiche apportate in sede di conversione, l'originario testo dell'art. 8.

(74) Dell'Aringa, 2011, 12; Carinci F., 2011b, 34.

(75) Bellardi, 2012.

(76) Tra i tanti, Scarpelli, 2011, 5; Ferraro, 2011, 20 ss.; Perulli, Speciale, 2011, 58 ss.

A ben vedere, però, un primo snodo della riflessione — sotto il profilo qui esaminato — risiede nella valutazione che si intende compiere proprio in merito alla reciproca interazione tra livelli negoziali.

Infatti, l'innegabile alterazione di quegli equilibri risulterebbe in qualche misura mitigata, ma non eliminata, se si accogliesse la tesi secondo cui l'art. 8, « riferendosi a deroghe, postula sottrazione all'ambito applicativo di disposizioni vigenti, ma non prescrive anche riserva, ossia immunità dell'assetto fissato in virtù di deroga nei confronti di successivi interventi [...] contrattuali » e, pertanto, « ad eventuali, posteriori regolazioni a livello di categoria non rimane preclusa un'ulteriore iniziativa correttiva in ordine alle soluzioni derogatorie » (77).

Ben più incisivo risulta invece l'impatto sull'autonomo sistema, ove si ritenga che la prevalenza comunque assicurata alle clausole derogatorie inserite nell'accordo di secondo livello rispetto a quelle del ccnl, quantunque temporanea (poiché anche il contratto di prossimità potrà o, a seconda delle finalità perseguite ai sensi del c. 1, dovrà avere un termine ovvero, se a tempo indeterminato, sarà soggetto al rischio del recesso unilaterale) (78), impedisca comunque che un successivo ccnl possa imporre, implicitamente o espressamente, trattamenti migliorativi rispetto a quelli fissati dal contratto di prossimità.

In questa seconda prospettiva, la manipolazione dell'equilibrio tra i livelli (e, quindi, dell'autonoma dinamica delle relazioni sindacali) diviene, poi, tanto più vistosa se si considera, da un lato, che persino le (nuove ed estremamente ampie) deroghe alla legge — che, come pure si è detto, sono oggi riconosciute dall'art. 8 — possono essere attuate solo in sede decentrata e non anche ad opera del ccnl (79); dall'altro, che l'intervento delle « intese » dero-

(77) Perone, 2012, 7, che ripropone espressamente, anche là dove sia intervenuta la contrattazione di « prossimità » ai sensi dell'art. 8, il criterio della successione temporale quale strumento di risoluzione di conflitti tra contratti di diverso livello.

(78) Ichino, 2011b; Galantino, 2011, 6. Sul recesso dal contratto collettivo, da ultimo, Tursi, 2011.

(79) Benché non possa essere certo trascurata la « portata per così dire implicitamente diffusiva » della norma, che potrebbe produrre effetti riflessi sui contenuti della contrattazione nazionale (Ferraro, 2011, 24 s.).

gatorie produce effetto anche sulla futura possibilità regolativa del ccnl.

Anche in questo caso, infatti, lo schema non muta: una volta che il contratto di secondo livello abbia derogato alla legge, non ci sarebbe più spazio per la riproposizione della tutela nel contesto del ccnl. Per quella specifica realtà (per tutte le realtà aziendali o territoriali nelle quali la deroga sia operativa), il ccnl che eventualmente già contenga tutele identiche a quelle previste dalla legge e/o ripristini le tutele legali superate dall'accordo di secondo livello non potrebbe mai esplicare la propria efficacia regolativa.

Ed è questa la conclusione cui giunge, appunto, chi afferma che la derogabilità del ccnl « viene prevista in modo funzionale a garantire la possibilità di deroga della legge da parte dei contratti aziendali, evitando la possibilità che il ccnl, recependo la regolamentazione legale derogabile *ex* articolo 8, comma 2, possa fungere da scudo interdittivo all'operatività della deroga prevista dal comma 2-*bis* » (80).

Si comprende, dunque, la ragione per la quale l'indubitabile *sovrapposizione* della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia realizzata con l'art. 8, non solo si presti a valutazioni di opportunità, in quanto rischia di approntare « il terreno al declino delle relazioni industriali come forma di regolazione e del ruolo connesso degli attori collettivi » (81), ma risulti altresì esposta — traducendosi, in realtà, in « una conformazione eteronoma della struttura contrattuale » (82) — a sospetti di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 39, c. 1, Cost. (83). Tali sospetti,

(80) Maresca, 2012, 20; Pisani, 2012, 76.

(81) Cella, 2011.

(82) Carinci F., 2011b, 68.

(83) Ferraro, 2011, 28 ss.; Carinci F., 2011b, 68 ss.; Romagnoli, 2011b; Scarpelli, 2011, 5 e 19; Santoro Passarelli G., 2012, 160 ss.; Tosi, 2012, 134 ss. (che propone peraltro una lettura costituzionalmente compatibile, alla cui stregua l'art. 8 si riferirebbe solo agli accordi decentrati conformi al modello contemplato dall'AI); Garilli, 2012, 41 ss.; Bellavista, 2012, 312; Zoli, 2012, 153. Ma v. anche Rusciano, 2011 e Zoppoli A., 2011a, 21 s. (i quali sottolineano altresì la rilevanza della dimensione nazionale della contrattazione nella prospettiva degli artt. 3 e 117, c. 2, lett. m, Cost.). Per converso, si è obiettato che il dubbio di costituzionalità andrebbe fugato in virtù della possibilità, pur sempre lasciata alle parti contrattuali (v'è da ritenere, a qualsiasi livello), di non avvalersi della facoltà derogatoria (v. Magnani, 2012, 6 ss.; De Luca Tamajo, 2012b, 24; Senatori, 2011, 4; cfr. anche Galantino, 2011, 13); sennonché, una simile obiezione potrebbe al più valere là dove vi sia

peraltro, assumono maggiore consistenza alla luce di una oculata considerazione anche delle previsioni contenute nella seconda parte del medesimo art. 39.

In realtà, che il nodo dell'*erga omnes* non potesse essere compiutamente affrontato senza una contestuale riflessione sugli effetti che possano derivarne in merito ai rapporti tra livelli contrattuali era già stato acutamente notato in tempi non sospetti (84). Ed invero, proprio l'eventuale attuazione del meccanismo d'estensione dell'efficacia del contratto collettivo previsto dal Costituente presupporrebbe e giustificerebbe costituzionalmente, ove attuato nelle forme appositamente previste, anche « una qualche forma di determinazione eteronoma delle unità contrattuali » (85) e delle loro interferenze.

Ma ancor più rilevante, ai fini del discorso qui condotto è la tesi secondo cui, al di fuori del perseguimento delle finalità indicate dalla seconda parte dell'art. 39, ogni intervento eteronomo sulla struttura contrattuale che sancisca la prevalenza di un livello, provocando un'alterazione della dinamica delle relazioni sindacali, colliderebbero con il principio di libertà sindacale sancito dal primo comma del medesimo art. 39 (86).

In una simile prospettiva, in definitiva, la salvezza dell'art. 8 rispetto al potenziale contrasto con quest'ultima previsione dovrebbe essere argomentata proprio enfatizzandone la sua idoneità a perseguire quelle finalità. E questa conclusione, invero, conduce inevitabilmente a spostare il piano dell'analisi su di un ulteriore terreno, rappresentato, appunto, dalla seconda parte dell'art. 39.

4. *L'art. 8, d.l. n. 138, e il profilo di costituzionalità per contrasto con l'art. 39, cc. 2 ss., Cost.*

Il testo definitivo dell'art. 8, d.l. n. 138, dunque, conferma in modo inequivocabile come non sia possibile disciplinare per legge i rapporti tra livelli in termini di prevalenza dell'uno sull'altro (specie se la preferenza è accordata alla regolamentazione decen-

una perfetta coincidenza tra agenti negoziali ai diversi livelli (coincidenza che la previsione, evidentemente, non richiede).

(84) Tosi, 1985, 380 ss.

(85) Barbieri, 1997, 437.

(86) *Ibidem.*

trata), senza affrontare *ex professo* anche la questione della sfera di applicazione della previsione destinata a prevalere.

Senonché, il punto critico di maggior rilievo della previsione è rappresentato proprio dall'efficacia *ultra partes* espressamente attribuita, ad opera delle legge di conversione, ad un contratto collettivo, che rimane tale anche allorché l'autonomia collettiva operi in attuazione di rinvii legislativi che le consentano di introdurre deroghe agli *standards* di tutela previsti dalla legge e/o di ampliare gli spazi di flessibilità attingibili dalle imprese (svolgendo, eventualmente, una funzione autorizzatoria dell'autonomia individuale), ma anche, per converso, di limitare o condizionare poteri datoriali altrimenti liberi nel loro esercizio.

In proposito, non v'è motivo di discostarsi dagli argomenti cui si è già fatto ricorso in passato — e che, in virtù dei limiti oggettivi di questo contributo, non è qui possibile riproporre nel dettaglio (87) — al fine di valutare la legittimità costituzionale delle norme di rinvio rispetto all'art. 39 Cost., tanto nella parte che disciplina il procedimento volto all'acquisizione di efficacia *erga omnes* da parte del contratto collettivo (cc. 2-4), quanto in quella riguardante il principio di libertà sindacale, positiva e/o negativa (c. 1); principio, quest'ultimo, riferito — non senza contrasti — al singolo datore (88), ma riferibile, quantomeno *anche*, al singolo lavoratore (89) e spesso utilizzato, *bilateralmente*, per for-

(87) Ci si permette pertanto di rinviare a Carabelli, *Leccese*, 2005, anche per il dialogo con la dottrina e per approfondimenti sulle peculiari discipline relative al lavoro pubblico e allo sciopero nei servizi pubblici essenziali (al § 9.2).

(88) La riconducibilità della libertà organizzativa datoriale all'art. 39 — ancorché desumibile dalle pronunce della Corte costituzionale sulla serrata (cfr. Corte cost. n. 29/1960 e n. 141/1967) ed ormai acquisita anche nella prassi ministeriale, allorché si è trattato di (tentare di) sottrarre i datori di lavoro dall'applicazione di clausole c.d. obbligatorie del contratto collettivo (in particolare, l'iscrizione ad enti bilaterali) — la riconducibilità della libertà organizzativa datoriale all'art. 39 è stata come noto messa in discussione da numerosi autori (per tutti, Santoro Passarelli G., 1976, 170 ss.; Giugni, 1979, 270 ss.; Carabelli, 1986, 133 ss., nt. 79; Voza, 2004, 243 ss.).

(89) V. anche Mariucci, 1985, 412 (che legge la seconda parte dell'art. 39 come « regolamentazione strumentale della prima parte della norma costituzionale, vale a dire come procedura mediante cui è costituzionalmente legittimo comporre pluralismo sindacale ed efficacia generale del contratto collettivo e quindi mediare tra principio di libertà sindacale, inclusa la sua accezione “negativa”, ed unicità del regolamento collettivo »); cfr. anche Garofalo M.G., 1985, 418, Ichino, 2000, cap. IV, § 51, e, da ultimo, Santoni, 2012, 120

nire sostegno alla tenuta del dissenso individuale rispetto alla applicazione di contratti collettivi “sgraditi”.

In questa sede, ci si limiterà a ribadire l’approdo di una simile indagine e a confermare che il nostro ordinamento, in virtù della mancata attuazione di quel procedimento e del contestuale rilievo assunto dalla libertà sindacale (90), consente esclusivamente l’efficacia *inter partes* del contratto collettivo ed esclude la possibilità che l’efficacia *erga omnes* dei prodotti negoziali dell’autonomia collettiva sia realizzata mediante strumenti diversi da quelli previsti nel progetto del Costituente.

Un simile approdo si fonda, evidentemente, sulla perdurante validità delle argomentazioni proposte dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 106/1962 (91), poi sostanzialmente confermate dalla giurisprudenza costituzionale successiva (92). È ben noto che con questa pronuncia, pur censurando il particolare procedimento inaugurato con la legge Vigorelli (l. n. 741/1959) e che rischiava di trasformarsi in meccanismo stabile in virtù della c.d. legge “pro-roga” (l. n. 1027/1960), salvò comunque la prima in quanto « transitoria, provvisoria ed eccezionale », ma, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l’art. 1 della seconda, chiarì che al legislatore ordinario non è consentito « sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore [stesso] e pertanto illegittimo »; ed infatti, qualsiasi « legge, la quale cercasse di conseguire [... il] risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in

ss., nonché taluni filoni giurisprudenziali sull’efficacia del contratto aziendale, citati nel § 2.1.

(90) Cioè in assenza della piena attuazione di tutti gli elementi di cui si compone quel « tentativo di sintesi tra principio di libertà e pluralismo sindacale ed efficacia generale del contratto collettivo » (Mariucci, 2011b).

(91) Per un’articolata analisi della pronuncia e per i necessari rinvii, v., per tutti, Ricci M., 1999, 295 ss.

(92) Giurisprudenza che, peraltro, senza mai negare il “peso” dell’art. 39, ha elaborato argomenti volti a sottrarre taluni accordi dal suo ambito di azione: cfr., in particolare, le pronunce nn. 268/1994, 344/1996, 309/1997 (anche su questi aspetti ci si permette di rinviare alla trattazione e ai riferimenti già effettuati in Carabelli, Leccese, 2005, cui *adde*, da ultimo, Carinci F., 2011b, 49 ss. e 58 ss., anche per ulteriori rinvii, sia alla giurisprudenza della Corte che alla dottrina).

maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima » (93).

Ebbene, queste valutazioni rappresentano tuttora la pietra miliare di ogni riflessione in materia e devono essere peraltro utilizzate nei confronti dei diversi tentativi — per il vero sinora frutto di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, più che di interventi legislativi che espressamente attribuissero efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi — di ottenere quel risultato con altri mezzi (94).

(93) Tutti i virgolettati, da Corte cost. n. 106/1962, cit. E questi esiti, giova osservare, vengono raggiunti con specifico riferimento ad un meccanismo elaborato proprio nel tentativo di scongiurare la dichiarazione di incostituzionalità, grazie allo spostamento della « attenzione dai 'soggetti sindacali' al 'prodotto contrattuale' » (Rusciano, 2003, 48, ove ulteriori rinvii).

(94) Ciò vale, a nostro avviso, per tutte le tesi che, in vario modo, hanno tentato di aggirare il vincolo costituzionale (per un'efficace e recente sintesi critica, v. Vallebona, 2012, 348) e, in particolare, per le ricostruzioni teoriche che fanno derivare l'estensione dell'efficacia dei contratti dallo stesso utilizzo della tecnica della delega e/o del rinvio legislativo di competenze regolative (in alcune varianti, al sindacato maggiormente o comparativamente più rappresentativo), ovvero ancora che, senza dedurne espressamente un simile esito, affermano che la 'disattivazione' della norma legale avverrebbe a seguito dell'intervento di un *fatto*, la stipula, appunto, di un contratto collettivo il quale potrebbe poi anche introdurre una diversa regolamentazione negoziale della fattispecie (con la precisazione che si tratta di posizioni fortemente diversificate quanto a presupposti ed *iter* argomentativi, si rinvia, tra gli altri, a Pessi R., 1984; Ballestrero, 1989; Ferraro, 1981; Liso, 1998; per la teoria del contratto collettivo come fonte-fatto v. Proia 1994, 192 ss., che però non ne trae la conseguenza dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo). Tutte queste tesi, infatti, paiono trascurare che il diverso effetto ipotizzato (efficacia generalizzata della nuova regola negoziale o anche semplice disattivazione di quella legale) si produce non sul mero presupposto che intervenga un contratto collettivo, ma in aderenza al contenuto di esso (regolativo o deregolativo che esso sia); esse, in definitiva, riconducono pur sempre alla sottoscrizione di un *atto* negoziale l'inverarsi di una situazione comparabile a quella censurata da parte della Corte, cioè l'ottenimento di effetti generali a seguito della sottoscrizione di un contratto collettivo, ma mediante il surrettizio ricorso a strumenti diversi da quelli previsti nella seconda parte dell'art. 39 Cost. (che, all'esito, risulterebbe comunque aggirato). Ed analoghe obiezioni potrebbero essere rivolte alle ulteriori tesi, già citate nella precedente trattazione (§ 2), che affermano la giuridica necessità di garantire l'applicazione uniforme di contratti collettivi (specie aziendali) la cui disciplina concerne materie e/o interessi indivisibili, nonché a quelle che tendono a sottrarre dalla sfera di operatività dell'art. 39 una pluralità di accordi riconducibili ad una funzione diversa da quella normativa e, di volta in volta, definita come "gestionale", "organizzativa" o, ancora, di "amministrazione" dei rapporti di lavoro (poiché anche i contratti che si ritiene di ricondurre a simili funzioni pongono comunque regole che finiscono per incidere sui singoli rapporti di lavoro: v. Persiani, 1999, 808 ss. e 2004, 13 s.; Gragnoli, 2000, 108 ss.; Proia, 2002, 125 s.; Passalacqua,

Venendo, quindi, specificamente all'art. 8, non può esservi alcun dubbio sul fatto che in questo caso il legislatore « abbia inteso [...] conferire e abbia in effetti conferito efficacia generale a contratti collettivi [...] con forme e procedimento diversi da quelli previsti dall'art. 39 della Costituzione » (95). Senonché, questa efficacia non è stata attribuita ad ogni contratto collettivo, ma solo a quelli selezionati dallo stesso legislatore per livello, funzioni e modalità di sottoscrizione.

Pertanto, in questo contesto, è utile privilegiare il dialogo critico con quelle tesi che — nel fornire una lettura riduttiva dell'art. 39, c. 4, Cost. e nell'escludere, in particolare, che esso concerna la dimensione *sub-nazionale* della contrattazione collettiva — risultano di particolare interesse alla luce dello specifico contenuto regolativo dell'art. 8, d.l. n. 138 (96).

2005). Ma per ulteriori approfondimenti su tutti questi aspetti e per il dialogo critico con la dottrina che ha sostenuto le varie posizioni cui si è qui fatto cenno, ci si permette di rinviare a Carabelli, Lecce, 2005 (anche per l'analisi della tesi prospettata da D'Antona, 1998, 672 ss. e 686 ss., ove, in particolare, la conclusione secondo cui l'art. 39 non si opporrebbe « a qualsiasi intervento legislativo che direttamente o indirettamente assegni ai contratti collettivi un'efficacia superiore a quella che avrebbero autonomamente [...] ma solo a quelli] che, attraverso l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi, assegnino direttamente o indirettamente a sindacati diversi da quelli registrati il monopolio legale della rappresentanza legale della categoria »; per un adattamento di questa parte del pensiero di D'Antona in senso compatibile con l'art. 39, v. però, di recente, Lambertucci, 2009, 561 ss.). Con specifico riferimento all'*obiter dictum* con il quale la già citata Corte cost. n. 344/1996 giustifica, a certe condizioni (cioè « quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro »), il modello inaugurato dalle « leggi che delegano alla contrattazione collettiva funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte di diritto *extra ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinali che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, Cost. », v., da ultimo, Carinci F., 2011b, 58 ss. (e *ivi* i necessari riff.); cfr. anche Galantino, 2011; Pessi R., 2011, 543 s. Rispetto alla prospettiva teorica poi recepita in quell'*obiter dictum*, v. già la critica — specificamente relativa alle interpretazioni che vedono nella disciplina del contratto di solidarietà dettata dalla l. n. 863/1984 un regime speciale di estensione dell'efficacia del contratto collettivo — di Mariucci, 1985, 421 s.

(95) Per utilizzare ancora l'argomento di Corte cost. n. 106/1962.

(96) V., ad esempio, la netta posizione di Maresca, 2012, 18: « la percorribilità costituzionale dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali o territoriali [...] non trova ostacoli nel quarto comma dell'art. 39 Cost. Infatti, questa disposizione si riferisce al solo contratto collettivo di categoria, senza che il meccanismo previsto dal Costituente possa estendersi ad altre forme di contrattazione collettiva ».

Orbene, per quanto riguarda la dimensione territoriale basti rammentare che la Corte costituzionale, già nella citata pronuncia del 1962, ha raggiunto le proprie conclusioni senza alcuna distinzione, benché la legge Vigorelli contemplasse espressamente l'estensione anche dei contratti provinciali (97). E la soluzione, ovviamente, ben potrebbe essere riferita anche alle intese eventualmente raggiunte in sede territoriale ai sensi dell'art. 8 (98).

Al riguardo, pur rinviando alla condivisibile analisi critica di chi — muovendo anche dalla sottolineatura dell'assenza nella norma di qualunque criterio di individuazione della parte datoriale — giunge ad affermare che « l'allargamento [della previsione sull'efficacia] effettuato dal livello aziendale a quello territoriale sia stato improvvisato, con un costo sistemico ben superiore al risultato comunque realizzabile » (99), non ci si sottrarrà ad alcune osservazioni.

Come si è accennato (100), la lettera del c. 1 non esclude che le specifiche intese (in questo caso, territoriali) introducano un miglioramento dello *standard* di tutela nelle materie indicate nel c. 2; in tale ipotesi, peraltro improbabile, la pretesa di una loro estensione *erga omnes* si porrebbe in contrasto con l'art. 39 (101), come interpretato dalla Corte. E i termini della questione, risolvendosi nella tutela del dissenso dei datori di lavoro che non rientrano nel sistema di contrattazione di riferimento, non sarebbero invero mutati se la norma avesse invece selezionato anche i soggetti collettivi competenti a sottoscrivere da parte datoriale (102).

(97) V. art. 4, c. 2: « [...] il Governo dovrà uniformarsi anche ai contratti integrativi provinciali, cui abbiano fatto rinvio contratti collettivi nazionali od a quei contratti collettivi stipulati in sede provinciale da associazioni affiliate ad associazioni aventi carattere nazionale che non prevedano, nel caso di esistenza di norme nazionali, condizioni inferiori per i lavoratori ».

(98) Pessi R., 2011, 543.

(99) Carinci F., 2011b, 28 ss. (30, per il virgolettato); cfr. anche Romei, 2011b; Garrilli, 2012, 36; Magnani, 2012, 5 ss.; Chieco, 2011b. Ma sulle funzioni della contrattazione territoriale, anche in rapporto all'art. 8, v. Garofalo D., 2012.

(100) *Supra*, in chiusura del § 2.2.

(101) Come in effetti affermato dallo stesso Carinci F., 2011b, 31.

(102) Carezza, questa, che al più determina l'ulteriore problema di individuare l'ambito di applicazione degli accordi eventualmente sottoscritti. Ma in proposito, non si vede perché non si debba far riferimento, anche in questo caso, alle precisazioni compiute dalla Corte allorché, con riferimento alla sfera di applicazione dei decreti emanati in attua-

Rispetto alla diversa ipotesi di intese territoriali volte a sfruttare le facoltà di deroga concesse dal c. 2-*bis*, in primo luogo va osservato che, da parte datoriale, non sarebbe certo in gioco la libertà sindacale “negativa” di coloro che non fanno parte di quel sistema, i quali, se mai, potrebbero essere interessati a godere della “flessibilità” garantita dalle deroghe che concernano tutele legali, aprendosi così la questione della possibilità che essa possa essere incassata anche dal *free rider*; in tal caso, insomma, la norma finirebbe per legittimare « l’autentico paradosso di soggetti che, pur non tenuti a rispettare il ccnl, sarebbero interessati a eventuali deroghe [alla legge] “blindate”, tali, cioè, da poter essere imposte, *bon gré, mal gré*, a tutti i loro dipendenti » (103). Ebbene, una simile pretesa “estensiva” non potrebbe che fondarsi proprio sul tenore dell’art. 8, c. 1 (104), il cui contrasto con l’art. 39 potrebbe essere sostenuto a tutela, questa volta, dei lavoratori, po-

zione della legge Vigorelli, ha ribadito « che l’ambito di efficacia delle norme [estese *erga omnes*] deve essere quello del contratto collettivo, nel senso che l’estensione [... della] efficacia è da intendersi limitata alle imprese, e ai lavoratori, che non hanno partecipato alla stipulazione collettiva, ma avrebbero potuto parteciparvi, perché nelle medesime condizioni delle imprese e dei lavoratori appartenenti alle associazioni che hanno stipulato il contratto, e non già estesa ad imprese e a lavoratori appartenenti a categorie diverse, autonomamente e diversamente organizzate, e per di più estranee alla contrattazione collettiva » (Corte cost. n. 70/1963).

(103) Ancora Carinci F., 2011b, 30.

(104) In linea generale, infatti, non può che confermarsi la piena condivisione della tesi secondo cui le previsioni di legge che consentono all’autonomia collettiva di derogare alle tutele legali andrebbero lette in connessione con la tradizionale efficacia soggettiva limitata del contratto collettivo di diritto comune attuativo del rinvio; pertanto, al fine di godere della “flessibilità” eventualmente introdotta da tale contratto il datore dovrebbe accettare, in cambio, una più ampia e volontaria inclusione nel sistema di regolazione collettiva nel quale rientra il contratto stesso o aderendo ai soggetti collettivi stipulanti (D’Antona, 1990, 556 ss.), ovvero, quantomeno, applicando concretamente la disciplina collettiva (Rusciano, 2003, 197). Si tratterebbe, dunque, di un meccanismo di incentivazione all’applicazione dei contratti collettivi (*ibidem*), non dissimile da quello che il legislatore adotta in tutti i casi in cui condiziona ad essa il godimento di benefici contributivi o normativi, non lesivo, quindi, non solo della libertà sindacale (proprio perché non diretto a fissare un obbligo, ma solo una condizione), ma anche con la libertà di iniziativa economica, poiché lo scambio offerto al datore di lavoro è diretto al perseguimento di un obiettivo di utilità sociale, realizzabile con la volontaria espansione dell’ambito di applicazione dei contratti collettivi di diritto comune (Carabelli, Lecce, 2005, 392 ss., in dialogo critico con Liso, 1998, 262 s.).

tenzialmente interessati a rivendicare in giudizio l'applicazione delle tutele legali derogate (105).

In secondo luogo, un problema non dissimile si porrebbe allorché si intendesse applicare eventuali intese territoriali derogatorie ai rapporti di lavoro normalmente coperti da un contratto nazionale (ed eventualmente territoriale) di riferimento. In questi casi, infatti, la questione della legittimità costituzionale della norma che prevede l'efficacia « nei confronti di tutti i lavoratori interessati » si porrebbe ugualmente, a causa della sua diretta incidenza sull'esercizio del dissenso da parte dei singoli lavoratori non iscritti alle organizzazioni sottoscrittrici, potenzialmente interessati a rivendicare in giudizio l'applicazione delle tutele collettive di livello superiore e/o legali derogate; né, ovviamente, il problema teorico può ritenersi scalfito dal fatto che, in pratica, in questi casi sarà più agevole il ricorso ai tradizionali *escamotages* che consentono di ottenere un risultato analogo.

Di certo più rilevanti, in termini pratici, sono comunque le questioni sottese alle tesi “sottrattive” specificamente concernenti i contratti aziendali derogatori (sottoscritti da soggetti interni e/o esterni all'azienda), il cui effetto consiste pur sempre nello scongiurare il rischio di una dichiarazione d'incostituzionalità di previsioni che ne estendano l'efficacia, garantendo così alle aziende, ma anche ai soggetti collettivi sottoscrittori, di “neutralizzare” il dissenso di singoli o di gruppi.

Anche di questa interpretazione dell'art. 39 ci si è già occupati in altro contesto (106), ma val la pena ritornare su di essa, poiché risulta riproposta in molteplici letture dell'art. 8 (107), anche se — non di rado — in modo traluzio e, quindi, senza specifica e nuova argomentazione.

Il nucleo essenziale delle tesi in esame, pur nella diversità di

(105) Ne deriva, tra l'altro, che il problema è destinato a non porsi allorché l'intervento negoziale svolga una funzione autorizzatoria dell'autonomia individuale, rimuovendo l'accesso a contratti di tipo flessibile, poiché in tal caso l'attuazione della deroga presuppone evidentemente il consenso di entrambe le parti del rapporto (Vallebona, 1997, 420).

(106) Carabelli, Leccese, 2005, 387 ss.

(107) V., oltre a Maresca, 2012 (già cit.), Ichino, 2011a; Perulli, Speciale, 2011, 39 ss.; Foglia, 2011; Magnani, 2012, 6; De Luca Tamajo, 2012a, 12 (e, soprattutto, 2012b, 25 ss., ove un richiamo alla *opportunità* di una interpretazione sottrattiva « nel caso *de quo* »); Marazza, 2012, 49; Zoli, 2012, 153; Pisani, 2012, 69; Vidiri, 2012, 119.

approfondimenti (108), è rappresentato dalla empirica osservazione della lettera dell'art. 39, c. 4, talora suffragata dall'analisi dell'evoluzione storica della contrattazione collettiva e, soprattutto, dalla considerazione della forma negoziale tipica del periodo corporativo (109). La previsione, infatti, si chiude con l'attribuzione al contratto collettivo, stipulato secondo le procedure contemplate nei cc. 2-4, della « efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti *alle categorie* alle quali il contratto [stesso] si riferisce »; essa, in tal modo, imporrebbe di adottate tali procedure solo per l'estensione del contratto di *categoria*, ma non anche per l'estensione dell'efficacia del *contratto aziendale*. Del resto, la scelta del Costituente sarebbe pienamente coerente con la diretta filiazione della seconda parte dell'art. 39 dall'esperienza corporativa (110). In definitiva, poiché il Costituente aveva presente, al momento della redazione dell'art. 39, solo il contratto di categoria tipico di quell'esperienza, si sarebbe preoccupato di delineare un modello atto a garantire unicamente l'estensione dell'efficacia soggettiva di quest'ultimo; conseguentemente, il contratto aziendale non rientrerebbe in tale modello e, pertanto, la sua efficacia potrebbe essere generalizzata mediante il ricorso a qualsiasi strumento.

Orbene, in primo luogo, merita di essere sottolineato che l'esito del ragionamento rischia, paradossalmente, di essere antitetico rispetto a quello perseguito, ove si consideri che, da un punto di vista generale, l'attuazione dell'art. 39, cc. 2 ss., rappresenta l'unica via per consentire ad un contratto collettivo di acquisire efficacia *erga omnes*; in effetti, se si ammette che tali commi « introducono, nel nostro ordinamento, non il divieto, ma l'eccezione al divieto di efficacia soggettiva generalizzata » (111), dall'opera-

(108) V., tra i tanti, Pera, 1960, 34 ss.; Tosi, 1985, 370; De Luca Tamajo, 1985, 40 ss.; Zoli, 1992, 146; Lassandari, 2001, 294 ss. (anche con il conforto dell'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente); Rusciano, 2003, 11.

(109) Tipica, ma non necessariamente esclusiva, come notato da Treu, 1968, 1652, il quale osserva che anche nel sistema corporativo e nel contesto della determinazione eteonomica del settore economico cui applicare il contratto corporativo, l'art. 2069 c.e. avrebbe consentito alle associazioni sindacali di « definire l'ambito di efficacia spaziale dell'accordo collettivo, fino a farlo coincidere con la singola impresa (anche se di fatto tale potere non venne di solito esercitato) ».

(110) Su questo aspetto, per tutti, v. la critica demolitoria di Mancini, 1963 (che, peraltro, non prende espressamente posizione sul profilo trattato in testo).

(111) Lazzeroni, 1999; Carabelli, Leccese, 2005, 388; Garilli, 2012, 37.

zione *ad excludendum* del contratto aziendale dal modello procedurale delineato dal Costituente potrebbe effettivamente inferirsi « una drastica, ma necessaria, soluzione che disponga un divieto totale » della loro estensione (112), non superabile neppure in sede di attuazione di quel modello.

A parte ciò, appare soprattutto evidente come quel ragionamento “sottrattivo” non dia adeguato spazio a una diversa lettura della seconda parte dell’art. 39, che era però presente già negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della Costituzione. Ed infatti, delle modalità d’estensione dell’efficacia soggettiva del contratto aziendale si occupavano numerosi progetti volti all’attuazione di quella parte, ivi compreso il d.d.l. Rubinacci del 1951 (113); discutendosi se mai, ma è questione ovviamente diversa, sulla necessità o meno che, ai fini della distinzione tra contratto collettivo e stipulazione plurisoggettiva, fosse necessaria la presenza (bilaterale) dell’organizzazione sindacale.

A breve distanza dal compimento dell’opera dei Costituenti era ben chiaro, dunque, che il richiamo (al plurale) « *alle categorie* alle quali il contratto si riferisce » non dovesse essere inteso come relativo al solo *contratto di categoria* (e men che meno a quello *nazionale* di categoria).

Ma un simile esito interpretativo appare tanto più solido se si considera l’evoluzione post-costituzionale dei modelli rappresentativi e negoziali e l’ormai consacrato abbandono, nel dibattito scientifico, della visione corporativa di “categoria” eterodeterminata. E lo spazio lasciato vuoto da tale visione è stato colmato da una concezione dinamica (114) e autopoietica della categoria, sul piano sia della scelta del *gruppo da organizzare* che delle *unità negoziali*: nella prima dimensione, essa coincide con il campo o area o « ambito professionale della organizzazione » (115), che il soggetto collettivo *crea* (116) (cioè *presceglie* o *individua*) (117) senza

(112) Lazzeroni, 1999.

(113) V. gli artt. 13 ss. del d.d.l. n. 2380/1951, RGL, 1951, I, 263 ss. (278, per il pertinente passaggio della *Relazione illustrativa*).

(114) Da ultimo, Perone, 2012, 8.

(115) Giugni, 1979, 275.

(116) Romagnoli, 1963, 45.

(117) Mancini, 1963, 581 ss., ancorché nel contesto della menzionata critica alla scelta consacrata nella seconda parte dell’art. 39.

condizionamenti, inammissibili nel contesto del primo comma dell'art. 39; intesa nella seconda dimensione, poi, la categoria di riferimento di un contratto si identifica con qualsiasi « unità contrattuale di composizione autonoma » (118), che, tra l'altro, potrebbe collimare o meno con la « categoria sindacale, intesa come sfera soggettiva del sindacato » (119) e che, in ogni caso, ben può coincidere con una unità negoziale di livello aziendale (120).

Mai realmente acclarate, in definitiva, sono le ragioni che impediscono di estendere tali principi alla lettura dell'art. 39, cc. 2 ss. Se mai, un serio interrogativo concerne la conciliabilità di quel processo di autopoiesi — cui è intrinsecamente connessa la possibilità, oltre che della creazione, anche della modifica o trasformazione delle scelte e, soprattutto, l'eventualità di una coincidenza o sovrapposibilità solo parziale dell'ambito di incidenza di diversi soggetti collettivi — con lo schema rigido (o, quantomeno, stabile) che sembrerebbe inevitabilmente implicato nel modello costituzionale. Ma si tratta di un profilo di particolare complessità che, pur assumendo specifiche connotazioni allorché si tratti della dimensione aziendale (121), concerne, come noto, anche tutti gli altri ambiti di rappresentanza e livelli di contrattazione (122); da essa, comunque, non possono prendersi le mosse per giustificare l'oblio — quantunque parziale — del modello costituzionale.

Modello del resto, che appare ben presente in tutta la elaborazione della Corte costituzionale, che pure — come già accennato — non ha rinunciato a ricercare altri argomenti per sottrarre singoli provvedimenti legislativi dalle strettoie dell'art. 39.

La pronuncia più rilevante, ai fini del ragionamento ora con-

(118) Romagnoli, 1963, 41.

(119) Ancora Romagnoli, 1963, 44.

(120) Simili argomenti sono variamente utilizzati in numerosi scritti, che si giovano, talora, di ulteriori riflessioni su lettera e *ratio* dell'art. 39 (tra i tanti, v. Proia, 1994, 69 ss.; Greco, 1996, 98 ss.; Napoli, 1999, 521; Di Stasi, 1998, 59 ss.; dopo l'art. 8, Garilli, 2012, 37).

(121) Enfatizza le difficoltà pratiche di utilizzare lo schema dell'art. 39, cc. 2 ss., con riferimento al contratto aziendale, Lassandari, 2001, 296 ss.

(122) Sui numerosi problemi posti dalla previsione anche rispetto al ccnl, si v., tra i tanti, Pera, 1960, 69 ss.; Mancini, 1963, 577; Giugni, 1979, 285 ss., nonché le *Osservazioni e proposte del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro sull'attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione*, in *RGL*, 1960, I, 219 ss. (226 ss., con particolare riferimento alla determinazione dell'ambito della categoria).

dotto, è probabilmente la n. 268/1994, relativa agli accordi collettivi che stabiliscono i criteri di scelta ai sensi dell'art. 5, c. 1, l. n. 223/1991. In essa, pur facendo salva la legittimità della previsione, mediante il ricorso all'*escamotage* della sottrazione di tali accordi dal novero dei « contratti collettivi normativi », si afferma che questi ultimi (« i soli contemplati dall'art. 39 Cost. ») sarebbero « destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese » (123).

Con il che, da un lato, pare davvero darsi per acquisito che nella seconda parte dell'art. 39 rientrino anche i contratti aziendali, quantomeno se dotati di funzione normativa; dall'altro, si accetta un terreno di confronto nel quale entrano a pieno titolo in gioco gli interessi dei lavoratori dissenzienti (124).

(123) Il richiamo alla sentenza è presente in taluni dei contributi diretti a porre in discussione la tesi *sottrattiva* sopra confutata: v. Bollani, 2011, 10 s.; Perone, 2012, 16. Tra quanti, talora implicitamente, ritengono estendibile ai contratti aziendali il vincolo scaturente dalla seconda parte dell'art. 39, v., oltre a Garilli, 2012 (già cit.); Zoppoli A., 2011a, 24 ss. (nel sottolineare come proprio la previsione dell'art. 8 metta « a nudo [...] la debolezza della tesi [...] secondo la quale l'art. 39, II parte, Cost. riguarderebbe solo il contratto collettivo nazionale e non, in generale, l'attività contrattuale con efficacia *erga omnes* »); Galantino, 2011, spec. 19 s.; Ferraro, 2011, 31; Ricci M., 2012, 55.

(124) D'altra parte, neppure può essere condivisa la tendenza a leggere in senso espansivo questa sentenza con riferimento agli accordi sottoscritti ai sensi dell'art. 8: cfr. Perulli, Speciale, 2011, 40, secondo i quali essa consentirebbe di superare il problema di compatibilità con l'art. 39 allorché tali accordi acquisiscano « una natura "gestionale" ». A parte ogni osservazione critica nei confronti delle classificazioni *ad excludendum* basate sulla funzione "gestionale" (e non normativa) degli accordi (v., comunque, i rinvii operati *supra* in nt. 94), interessa qui rimarcare che la pronuncia in questione muove dal presupposto (peraltro da molti contestato) secondo cui la sottrazione della disposizione impugnata dai limiti dell'art. 39 si giustificerebbe in virtù del fatto che essa « non prevede alcun potere sindacale di deroga a norme imperative di legge, bensì sostituisce alla determinazione unilaterale dei criteri di scelta, originariamente spettante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo, una determinazione concordata con i sindacati maggiormente rappresentativi; essa tende a "procedimentalizzere" l'esercizio di un potere imprenditoriale. Solo in mancanza di accordo vengono in applicazione i criteri indicati nella seconda parte della disposizione, la quale, sotto questo aspetto, ha natura di norma suppletiva ». Ed è invero evidente che la sfera di operatività dell'art. 8 non concerne queste ipotesi: da un lato, esso espressamente attribuisce generici poteri derogatori alla fonte negoziale; dall'altro, nella stessa struttura della norma è se mai considerata l'ipotesi opposta, cioè la possibilità di dilatare i poteri datoriali al di fuori dei limiti già posti dalla legge o dal ccnl.

4.1. *Le tesi che affermano l'attuabilità “per equivalenti” della seconda parte dell'art. 39 Cost. e i requisiti minimi di garanzia del principio democratico.*

Le argomentazioni sopra esposte conducono, dunque, all'affermazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 8 per contrasto con la seconda parte dell'art. 39 Cost.

Detto questo, neppure può essere ignorata una diffusa e non recente lettura dei rapporti tra legge e art. 39, che ammette l'attuazione “per equivalenti” della previsione costituzionale. Si tratta di tesi che — con varie argomentazioni e differenti sfumature — ritengono possibili interventi legislativi sull'efficacia dei contratti collettivi che, pur senza rispettare le “forme” dell'art. 39, tengano però conto del suo « nocciolo duro » (125); che rispettino, cioè, il suo « nucleo essenziale, seppure a scapito della lettera » dei cc. 2-4 (126).

Orbene, pur condividendo la posizione di chi sottolinea come l'art. 39, a Costituzione immutata, debba essere rispettato non solo nella sostanza, ma anche nelle procedure in esso previste (127), non ci si può sottrarre dal compiere alcune riflessioni su quel « nocciolo duro » e sulle condizioni affinché esso possa ritenersi preservato, pur nel quadro di letture che volessero eventualmente provare a salvare la legittimità costituzionale dell'art. 8.

Ove volesse percorrere questa strada, infatti, l'interprete non potrebbe sottrarsi — anche allorché, come è avvenuto in passato, pretenda di dedurre dal rinvio legislativo l'attribuzione al contratto collettivo di funzioni derogatorie con efficacia generale — alla verifica di come rispettare il principio maggioritario, ma anche, come è stato acutamente osservato, « del “se” e del “come” accertare il fondamento democratico dell'agire sindacale » (128).

(125) D'Antona, 1998, 688 ss.

(126) Rusciano, 2009, 96.

(127) Critico sulla possibilità che, anche mediante il richiamo alla « costituzione materiale », possa giungersi a sostenere l'applicazione della norma « senza l'attuazione e il rispetto delle regole e procedure in essa esplicitamente previste », è Scarpelli, 1993, nt. 173 (a p. 134-136). V. anche, dopo l'art. 8, Carabelli, 2012.

(128) Rusciano, 2008, 1074; ma v. anche Rusciano, 2009, 96: affinché quel nucleo essenziale sia rispettato, è « necessario che l'ordinamento statuale, se e quando attribuisce al *prodotto contrattuale* effetti normativi *ultra partes*, [...] si preoccupi della effettività, tanto della rappresentanza, quanto del fondamento democratico che ne sta alla base ». Ancora di

Si tratta di due profili, questi, che, come si dirà tra breve, quantunque non emergenti formalmente dal dato testuale (129), devono pur tuttavia essere considerati costitutivi dell'impianto costituzionale.

Al riguardo, qualunque ipotesi che ammetta un'attuazione dell'art. 39 "per equivalenti" non si troverebbe di fronte al mero problema di separare la parte procedurale o, per così dire, "prodromica" della previsione (contenuta nei cc. 2 e 3 e nel primo periodo del c. 4, che — in una simile prospettiva — andrebbe, nei fatti, espunta) dalla parte contenente i profili "sostanziali" (estraibili dal secondo periodo del c. 4 e dai quali non si potrebbe prescindere).

Secondo quanto è stato chiarito nel contesto di una illuminante analisi, la cernita andrebbe invece condotta distinguendo tra disposizioni attinenti al rapporto tra sindacati e Stato-pubblico potere, che sarebbero sacrificabili, e disposizioni contenenti « principi di organizzazione del pluralismo sindacale », rilevanti « dal punto di vista delle garanzie dei sindacati e dei singoli » (130), in quanto tali imprescindibili.

A voler esplicitare quanto è implicito nel concetto appena espresso, dovrebbe in primo luogo affermarsi, sempre riprendendo il pensiero di questa dottrina, la necessità di verificare — indipendentemente dalla formula selettiva utilizzata dal legislatore ordinario — il rispetto del *principio proporzionalistico*, contemplato dal quarto comma dell'art. 39 in funzione della composizione della rappresentanza negoziale dei lavoratori interessati, in modo da

recente, in commento critico all'art. 8, si è osservato che il vincolo posto dall'art. 39 sarebbe superabile solo mediante « un meccanismo di validazione dei contratti collettivi che nella sostanza rispetti il dettato dell'art. 39 pur variando sul piano formale » (Mariucci, 2011b); cfr. anche Pessi R., 2011, 544 (e 2012, 61 ss.); Vallebona, 2012, 350; Del Punta, 2012, 41. Come si vedrà tra breve in testo, queste riflessioni introducono elementi di rilevante peso in un dibattito che, nei suoi termini generali, è antico (v., oltre ai rinvii operati da Lunardon, 2012, la nota posizione di Pera, il quale ammette l'efficacia generale dei contratti collettivi oggetto di rinvio legale a condizione che « il contratto collettivo [...] risulti stipulato da sindacati di cui si possa comprovare la maggioranza nel complesso delle forze sindacalmente organizzate »: v. ora Pera, Papaleoni, 2003, 158).

(129) Come si preciserà, infatti, il riferimento all'ordinamento interno « a base democratica », contenuto nell'art. 39, c. 3, è elemento rilevante ai fini della registrazione, ma non risolutivo sul piano del procedimento negoziale.

(130) È questa, in effetti, l'impostazione di fondo di D'Antona (1998, 688 ss.).

consentire l'espressione, almeno tendenziale, della loro volontà (131). E poi, considerate le caratteristiche del nostro sistema di relazioni sindacali, sul piano sia dei soggetti che dei livelli, andrebbe altresì verificato il concreto rispetto di un corollario che si è ritenuto correttamente di dedurre dal principio proporzionalistico, cioè la concreta formazione delle decisioni secondo un *criterio maggioritario* (132). In particolare, esclusa la necessità della costituzione di un organismo unitario, nel caso di azione negoziale di soggetti collettivi che agiscono separatamente risulterebbe necessaria la verifica « del “peso” di ciascuno ai fini della sottoscrizione dei contratti », sì che ognuno di essi « conti [...] in proporzione al seguito effettivo », a sua volta valutabile mediante la verifica sia delle adesioni che dei voti ottenuti in eventuali procedure elettorali aperte ai non iscritti (133) (meccanismo, quest'ultimo, che, come noto, è stato già considerato e valorizzato dal legislatore nella specifica disciplina della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico). Infine, altro passaggio indispensabile, sempre secondo questa acuta dottrina, sarebbe costituito dalla verifica del rispetto del requisito della democraticità dell'ordinamento interno, richiesto quale condizione per la registrazione del sindacato, il quale, avendo lo scopo di « garantire adeguata “apertura” del sistema di rappresentanza associativa, anche verso i lavoratori non iscritti », potrebbe essere assicurato anche mediante strumenti che « prevedano la elezione diretta da parte degli iscritti e non iscritti di organismi di rappresentanza con compiti sindacali » (134).

La densità e la profondità di queste osservazioni possono, a nostro avviso, riassumersi nella necessità che un'eventuale attuazione dell'art. 39 “per equivalenti” rispetti pienamente quello che potrebbe definirsi come principio democratico, intendendo riassumere con tale espressione l'intero percorso concettuale appena enunciato. Con la precisazione, però, che all'interno di tale princi-

(131) Sul principio proporzionalistico nel dibattito successivo all'art. 8, cfr. Carinci F., 2011b, 62 ss.; Galantino, 2011, 14 ss.

(132) Cfr., tra gli altri, anche Fiorai, 1991, 49 ss.; Lunardon, 1999, 310; Monaco, 2003, 58. Sulle difficoltà del criterio maggioritario nella rappresentanza sindacale v. però già Barbieri, 1990, 325 ss.

(133) D'Antona, 1998, 691.

(134) D'Antona, 1998, 690.

pio, immanente all'intera disposizione costituzionale su cui si fonda la libertà e l'attività sindacale, deve essere ricondotto, altresì, un ulteriore elemento che può essere estratto da una analisi che valorizzi il rilievo della libertà sindacale individuale *negativa* garantita dal primo comma dell'art. 39.

In effetti, all'interno della previsione costituzionale il principio democratico non rileva solo come condizione per la registrazione del sindacato (135); esso va anche inteso come elemento costitutivo del principio proporzionalistico nonché della regola di maggioranza (che, come si è visto, è ad esso connessa) e funge finanche, a ben vedere, da sostrato della stessa libertà sindacale (136). Quest'ultima, infatti, include anche, nella sua valenza *negativa*, il riconoscimento del dissenso individuale e collettivo come fattore coesenziale (ineludibile) del confronto democratico nel perseguimento degli interessi collettivi e nella valorizzazione del pluralismo (137).

Ove si convenga con quanto appena detto e sempre ragionando nella prospettiva di un'attuazione "per equivalenti" della norma costituzionale, si comprende perché, allorché si intenda eludere i limiti della rappresentanza (138) e si miri a "neutralizzare" il dissenso del singolo, al fine di sottoporlo forzatamente ad una regola contrattuale, proprio la garanzia della sua libertà sindacale negativa *ex art. 39, c. 1*, richiede il suo coinvolgimento diretto nel processo di formazione della decisione ovvero nell'assunzione di quest'ultima. S'intende insomma segnalare che il principio democratico, nella sua valenza composita, non solo ammette l'eventualità, *ma impone* che l'estensione dell'efficacia passi attraverso la preventiva individuazione, secondo modalità democratiche, del soggetto competente a negoziare ovvero mediante il coinvolgimento dei lavoratori nella formazione e validazione del singolo prodotto negoziale.

(135) Cfr. anche Siotto, 2011, spec. § 3.

(136) Cfr. anche Galantino, 2011, 14 ss. (il principio proporzionalistico « prescinde dalla dimensione categoriale ovvero aziendale della negoziazione con effetti generali ed esprime l'esigenza di legittimazione democratica, che pervade non solo il disposto dell'art. 39, 4° comma Cost., ma l'intero ordinamento Costituzionale »).

(137) Sul dissenso come essenza della stessa libertà sindacale, Carabelli, 1986, 243 ss., spec. 249 ss. (e ivi riff. anche alla dottrina politologica).

(138) Da ultimo, Santoni, 2012, 121.

In definitiva, integrando e precisando le intuizioni della dottrina cui si è fatto riferimento, occorrerebbe riconoscere come *indispensabile* il coinvolgimento di tutti i lavoratori interessati dall'azione negoziale, nelle due seguenti possibili modalità:

— o mediante la possibilità di partecipare alla scelta dei soggetti rappresentativi, cioè mediante il ricorso a meccanismi elettivi cui partecipino anche i non iscritti (139);

— o mediante la verifica del consenso dei destinatari della regola collettiva, la cui efficacia si pretenda di estendere, sul singolo atto (*referendum*) (140).

Ed è bene chiarire che, se è vero che i due strumenti — dal punto di vista della partecipazione dei lavoratori al processo decisionale — possono essere considerati come fungibili (141) o possono addirittura coniugarsi (al fine di esaltare la valenza democratica di un procedimento negoziale che vede comunque coinvolto il soggetto collettivo) (142), è certo peraltro che il ricorso allo strumento referendario diviene ineludibile allorché manchi il ricorso alla democrazia rappresentativa (143).

(139) Cfr. Romagnoli, 2011a (all'interno del progetto del Costituente, « un indicatore di natura elettiva capace di misurare l'ampiezza del consenso sociale oltre la sfera della rappresentanza associativa è il più aderente alla valenza istituzionale di un sindacato inclusivo come il nostro ed il più compatibile con i fondamenti di una democrazia »); Carinci F., 2011b, 62 ss.

(140) V. Galantino, 2011, 20; cfr. anche Rusciano, 2008, 1074 ss.; naturalmente, anche a questo proposito appare fondamentale e problematica la determinazione del gruppo di lavoratori chiamati ad esprimersi (v., ancora, Barbieri, 1990).

(141) Quantunque meriti attenzione la tesi di chi ritiene che da altri valori costituzionali possa desumersi una generale esigenza di ricorso al metodo referendario, in ragione delle ricadute che sui singoli hanno regole contrattuali disciplinanti istituti di rilievo costituzionale (ad esempio, in materia di retribuzione e durata massima della prestazione giornaliera): Carabelli 2010. Cfr. anche Alleva, 2011, 634.

(142) Sotto questo aspetto, evidentemente, non possono che essere condivise le perplessità — peraltro manifestate prima che il legislatore d'estate costringesse gli interpreti ad aggiornare le proprie valutazioni — nei confronti del ricorso al *referendum*, in assenza di un'adeguata mediazione collettiva degli interessi (cfr. di recente, Caruso, 2011, 304 ss.; De Simone, 2011; Angiolini, 2011; ma v. anche la difesa dello strumento referendario operata da Alleva, 2011, 634 ss.).

(143) Per le ragioni esposte in testo, non può condividersi la posizione di Vallebona, 2012, 350, anch'essa evidentemente volta ad affermare l'attuabilità "per equivalenti" dell'art. 39, secondo cui lo strumento referendario non sarebbe coerente con l'art. 39, c. 4, mentre sarebbe sufficiente che « alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza [...] possano partecipare tutti i sindacati (o le loro rappresentanze) aventi iscritti o almeno quelli

Orbene, questi profili di riflessione, se già erano importanti allorché si trattava di dibattere criticamente con quanti affermavano l'efficacia *erga omnes* dei contratti oggetto di rinvio già prima di un espresso intervento in tal senso del legislatore e, quindi, in assenza, dell'attuazione dell'art. 39, divengono ora ineludibili a fronte di una norma come l'art. 8, d.l. n. 138.

Ed infatti, chiunque intendesse muoversi in una prospettiva che presuppone la possibilità di attuare la previsione costituzionale "per equivalenti" dovrebbe ricercare la salvezza dell'art. 8 in una sua interpretazione adeguatrice rispetto all'art. 39, che ne rispetti, almeno nella sostanza (e cioè nella parte che concerne, come si è sopra detto, « le garanzie dei sindacati e dei singoli ») (144), i contenuti (145).

4.2. *L'estensione dell'efficacia dei contratti collettivi previsti dall'art. 8, d.l. n. 138, nel quadro di una ipotetica attuazione "per equivalenti" dell'art. 39 Cost.*

Prima di illustrare i passaggi che inducono a leggere l'art. 8, c. 1, nella illustrata prospettiva è bene soffermarsi rapidamente su alcuni, pertinenti, profili della sua disciplina.

In particolare, va rammentato che i contratti collettivi di lavoro idonei a produrre gli effetti contemplati dalla previsione:

a) possono essere « sottoscritti a livello territoriale o aziendale »;

b) se territoriali, devono essere sottoscritti « da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale » (146);

che superino una soglia ragionevole di iscritti (ad es. il 5%) nell'ambito dei lavoratori interessati per la necessaria tutela delle minoranze ». Per converso, Santoni, 2012, 122, sostiene che l'accordo *ex art. 8* non possa mai esplicare efficacia *ultra partes*, senza il consenso, almeno tacito, dei destinatari.

(144) Ancora D'Antona, 1998, 690.

(145) In tale prospettiva, giova ribadire, va letta la rilevanza attribuita agli strumenti di democrazia rammentati in testo.

(146) Al riguardo, è il caso di osservare che il riferimento al livello territoriale di contrattazione (la cui vaghezza è sottolineata, tra gli altri, da Ales, 2011, 19), e, soprattutto, le finalità che possono essere perseguite mediante le intese consentono di ritenere possibile la sottoscrizione anche di contratti diversi da quelli tipici delle categorie o settori di riferimento, quali i contratti di distretto produttivo (Maresca, 2012).

c) se aziendali, possono essere sottoscritti, indifferentemente, dai citati soggetti esterni all'azienda ovvero dalle « loro rappresentanze sindacali operanti in azienda *ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011* ».

Per quanto attiene alla sede aziendale di contrattazione, dunque, la legittimazione negoziale è attribuita separatamente a ciascuno dei soggetti menzionati dalla legge e, pertanto, non è necessaria la sottoscrizione congiunta, né alcuna assistenza del sindacato territoriale rispetto all'azione negoziale delle rappresentanze aziendali (147).

Inoltre, tra i soggetti richiamati dall'art. 8 vanno certamente ricomprese anche le (sole) rsa (148), purché operino ai sensi della normativa di legge, cioè dell'art. 19, l. n. 300/1970, il cui campo di applicazione è delineato dall'art. 35 della medesima legge. E ciò significa, tra l'altro, che al tavolo negoziale possono sedere soggetti che posseggano *già* il requisito statutario, essendo escluso alla radice che esso, da presupposto, divenga effetto della sottoscrizione di un accordo ai sensi dell'art. 8 (149).

Si tratta di un profilo che la legge di conversione — con l'in-

(147) Non si tratta, evidentemente, del primo caso in cui le competenze derogatorie sono attribuite direttamente alle rsa e/o alle rsu, senza che sia richiesta la compartecipazione al processo negoziale del sindacato esterno (paradigmatico, in proposito, è il caso della disciplina del part-time, dopo le modifiche introdotte al d.l. n. 61/2000 ad opera del d.l. n. 276/2003). Del resto, anche il già citato AI unitario Confindustria del giugno 2011 prevede espressamente che gli accordi derogatori debbano essere sottoscritti "d'intesa" tra le rappresentanze sindacali operanti in azienda e le organizzazioni territoriali di categoria solo con riferimento al regime transitorio, dettato nella seconda parte del punto 7.

(148) Salvo che, seguendo una tesi pur formulata nei primi dibattiti successivi all'approvazione della previsione, non si voglia enfatizzare la presenza della congiunzione all'interno della espressione riportata in testo, come indicativa della necessità che il soggetto sindacale aziendale abilitato a sottoscrivere accordi ai sensi dell'art. 8 sia previsto *sia* dalla legge, *sia* da Aa.Ii.; requisito che mancherebbe in capo alle rsa (mentre le rsu sarebbero espressamente contemplate da numerose previsioni legislative, oltre che dagli aa.ii. che le disciplinano). Senonché, la tesi è comunque improponibile, almeno nell'ambito di applicazione dell'AI, a seguito dell'aggiunta, ad opera della legge di conversione, dell'inciso: "compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011"; ed infatti, l'accordo contempla sia le rsu che le rsa.

(149) Si può aggiungere che, nelle imprese che non rispettino i requisiti dimensionali previsti dall'art. 35, l. 300/1970 e in assenza di previsioni interconfederali che prevedano strumenti di rappresentanza aziendale con compiti negoziali, l'effetto previsto dall'art. 8 potrà prodursi solo qualora l'accordo venga sottoscritto dal sindacato extra-aziendale, nei termini che verranno di seguito precisati.

serimento dell'inciso riportato in corsivo alla precedente lett. c) — ha chiarito inequivocabilmente, rispondendo così, in primo luogo, alle sollecitazioni di quanti, con riferimento al testo contenuto nel d.l., ne avevano criticamente rilevato l'idoneità a legittimare accordi sottoscritti con « qualsiasi coalizione/agggregazione sindacale », anche se fosse stata priva dei requisiti stabiliti dall'art. 19 o dagli accordi sulle rsu, con la « conseguenza deleteria di consentire la creazione nei luoghi di lavoro di 'rappresentanze sindacali operanti in azienda' diverse da quelle (rsa o rsu) tipizzate » (150).

In secondo luogo, nel riferirsi alle « loro rappresentanze sindacali operanti in azienda », la lettera della legge esclude le rsa che non siano costituite nell'ambito di « associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale » (151). Ciò, sul piano della *ratio* della selezione, si giustifica a ben vedere proprio in virtù della ampiezza e delicatezza delle facoltà derogatorie riconosciute dal c. 2-*bis* dell'art. 8. Questa interpretazione, al contempo, contribuisce a ridimensionare il rischio che si creino in azienda rsa “di comodo”, allo specifico scopo di favorire la sottoscrizione di intese in deroga; quantomeno, tali rsa non potrebbero essere costituite al di fuori dei predetti soggetti comparativamente più rappresentativi.

Detto questo, non v'è dubbio che l'ammiccamento più significativo del legislatore alle tesi che ammettono la possibilità di attuare l'art. 39 “per equivalenti” consiste nell'aver stabilito che la « efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati » si realizzi solo a « condizione » che le intese siano « sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali ».

(150) Maresca 2011a; Ichino 2011a. V. anche, dopo le modifiche, Perulli, Speciale, 2011, 35.

(151) Per questa interpretazione v. anche Vallebona, 2012, 346; Galantino, 2011, 18; Fili, 2011, 978 ss. Per altro verso, giova qui precisare che da questo passaggio dell'art. 8 non è anche desumibile una conferma di un presunto principio generale alla cui stregua « le rsa [di cui all'art. 19, l. 300/1970] presentano un [necessario?] nesso di dipendenza organica con le organizzazioni sindacali più rappresentative » (così T. Bari 20 aprile 2012). In particolare, come si è osservato, dalla previsione non può dedursi che le oo.ss. comparativamente più rappresentative « siano come tali titolate ad avere “loro” rappresentanze aziendali », ché i presupposti per la costituzione di rsa restano disciplinati nell'art. 19 (Carinci F., 2011b, 31 ss.). Ma per ulteriori, problematiche, connessioni tra le due previsioni si tornerà *infra*, § 5.

Nella struttura dell'art. 8, c. 1, tale criterio — introdotto dalla legge di conversione insieme alla specifica ed espressa sanzione di quell'efficacia ed in evidente e stretta connessione con essa — è elemento integrante della fattispecie e rappresenta anch'esso una assoluta novità nella formulazione delle norme di rinvio. Esso, però, si accompagna ad una più tradizionale selezione — invero risalente alla formulazione originaria del d.l. n. 138 — del soggetto extra-aziendale legittimato ad introdurre le deroghe, operata mediante l'ormai sperimentato riferimento ai contratti sottoscritti « da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ».

È bene, dunque, partire dalle questioni relative alla rilevanza del criterio maggioritario nelle ipotesi in cui l'accordo (aziendale o territoriale) sia sottoscritto da parte di sindacati esterni all'azienda.

In questa sede, peraltro, non si tornerà sui numerosi problemi interpretativi posti dall'utilizzo del criterio selettivo fondato sulla maggiore rappresentatività comparata, rispetto ai quali lo sforzo di ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza è inarrestabile e si ripropone in nuove guise man mano che la norma di riferimento si evolve, per struttura (a seconda, ad esempio, che essa richiami o meno l'ambito entro il quale effettuare la comparazione) (152) o per funzioni.

Ci si limiterà, invece, a rammentare che, in una parte della legislazione di rinvio, le più risalenti formule selettive, relative ai contratti stipulati “*dai*” sindacati maggiormente (e poi comparativamente più) rappresentativi, sono state sostituite o affiancate da formule che si riferiscono ai contratti stipulati “*da*” sindacati comparativamente più rappresentativi. Ed invero, questo mutamento terminologico, al di là della sua indubbia valenza simbolica, soprattutto sul piano delle relazioni endo-sindacali (poiché diretto ad approfondire il varco tra diverse posizioni, contri-

(152) Non sempre, come noto, è presente uno specifico riferimento al dato categoriale; talora si utilizza, come accade, appunto, nell'art. 8, il riferimento ad ambiti geografici, nazionale e/o territoriale, su cui verificare la maggiore rappresentatività comparata. Anche il riferimento a quest'ultimo ambito non è, dunque, una novità, se si considera, ad esempio, che esso è già stato utilizzato, in combinazione con il riferimento all'ambito nazionale, nel d.lgs. n. 276/2003 (v. artt. 11, relativo agli oneri per i lavoratori che usufruiscono di servizi da parte di agenzie autorizzate; 34 e 37, in materia di lavoro intermittente).

buendo così anch'esso ad accentuare il rischio di tensioni e conflittualità sociali), non ha sinora ricoperto una reale rilevanza pratica sul piano giuridico; beninteso, a condizione che si ritenga il mero rinvio legale all'azione negoziale (poco conta se “di” ovvero “dei” sindacati) inidoneo, di per sé, a provocare la generalizzata estensione dell'efficacia del contratto collettivo.

Il “fatto nuovo” del nostro diritto sindacale getta però nuova luce sulla questione, proprio perché esso, *expressis verbis*, investe taluni contratti collettivi di funzioni deregolative ad efficacia generale.

Orbene, con riferimento agli accordi sottoscritti dai predetti soggetti *extra-aziendali*, chiunque tentasse di sostenere in via interpretativa la “tenuta” costituzionale della previsione non potrebbe però pretendere di perseguire l'obiettivo « in violazione, non solo del procedimento costituzionale previsto dalla seconda parte dell'art. 39, ma addirittura del principio maggioritario in essa contenuto » (153). Pertanto, ove si volesse proporre un'interpretazione che garantisca la coerenza dell'art. 8, c. 1, con il “nucleo essenziale” dell'art. 39 Cost., bisognerebbe anzitutto riconoscere che il rispetto del « *criterio maggioritario* » sia indispensabile, nonostante la formulazione ambigua della previsione, non solo per l'accordo sottoscritto dalle rappresentanze sindacali presenti in azienda (su cui si tornerà tra breve), ma anche per l'accordo territoriale (154), nonché per quello aziendale sottoscritto unicamente « da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale » (155).

Ed è evidente che la — pur oggettiva e problematica — assenza di criteri legislativi che stabiliscano su quale base vada ope-

(153) Così, in linea generale, Carabelli, Leccese, 2005, 364 ss.

(154) Beninteso, ciò vale ove si ritenga di poter superare, con riferimento a tale accordo, i dubbi sollevati da parte della dottrina, sui quali ci si è già soffermati nel § 4.

(155) Cfr. anche Vallebona, 2012, 349. In definitiva, ove si concordi sulla necessità di superare l'ambiguità del dato letterale, proponendo un'interpretazione secondo la quale l'estensione dell'efficacia riguarda anche gli accordi sottoscritti da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, le quali — a tal fine — dovrebbero ritenersi incluse nel riferimento alle « rappresentanze sindacali » (Perulli, Speciale, 2011, 37), non potrà però negarsi che tale “estensione” interpretativa debba poi riguardare anche il rispetto del « *criterio maggioritario* » (come del resto riconosciuto dagli stessi Aa., a p. 39; ma v. anche Carinci F., 2011b, 28).

rata la verifica del rispetto del criterio in questione (156), così come, del resto, gli stessi problemi (distinti ma connessi) relativi alle modalità di accertamento della maggiore rappresentatività comparata a livello territoriale (157), non possono fungere da *alibi* per escludere il rispetto del criterio medesimo. Si tratta, infatti, di problemi — integralmente imputabili ad omissioni del legislatore ordinario — che, se mai, rafforzano i timori di divergenze interpretative e confermano l'alto rischio che ai percorsi negoziali in deroga predisposti dall'art. 8 non sia affatto assicurata l'auspicata tenuta rispetto al dissenso (158).

Di certo, gli effetti previsti dall'art. 8 non potranno prodursi qualora la sottoscrizione dell'accordo territoriale o aziendale avvenga da parte di una sola tra le « associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale », quantunque rientrante nel novero degli “eletti”; ed infatti, ove si condivide l'analisi sopra compiuta, neppure sarebbe sufficiente che i suoi aderenti rappresentino la maggioranza dei lavoratori iscritti nel contesto di riferimento dell'accordo (159). Invero, il necessario rispetto del principio democratico postula il ricorso ad uno degli illustrati strumenti di verifica democratica della volontà di tutti i destinatari dell'azione negoziale, anche non

(156) Ales, 2011, 19, con specifico riferimento al contratto di livello territoriale; cfr. anche Perulli, Speciale, 2011, 33 s.

(157) Per tutti, Maresca, 2012, 17 ss.; Marazza, 2012, 45 ss.; Galantino, 2011, 16 ss.

(158) Cfr., ancora, Maresca, 2012, 18.

(159) Una situazione del tutto a sé è quella — altamente improbabile o comunque assai rara (e peraltro difficilmente dimostrabile a livello territoriale) — in cui un sindacato raccolga addirittura, come iscritti, la maggioranza dei lavoratori interessati dalla disciplina negoziale. In tal caso, si potrebbe ritenere di essere in presenza di una situazione equiparabile a quella in cui il sindacato raggiunga la maggioranza assoluta in occasione dell'elezione a suffragio universale di un organismo unitario; e tuttavia, a mio avviso, ai fini della valutazione della democraticità del processo, inciderebbe negativamente il fatto che i lavoratori non iscritti a quel sindacato non abbiano avuto alcuna occasione di partecipare attivamente ad un momento di democrazia, né ai fini dell'elezione di propri rappresentanti, né ai fini dell'approvazione del contratto. Il deficit di democrazia, insomma, risiederebbe nell'esautoramento dei non iscritti dalla partecipazione alle scelte che li riguardano: né a questa obiezione potrebbe risponderci invocando la loro libertà di iscriversi al sindacato già maggioritario, perché questo sarebbe in evidente contraddizione con la loro libertà sindacale negativa.

iscritti; strumento che, nel caso dato, non può che essere quello referendario (160).

Venendo, poi, all'applicazione del criterio maggioritario in caso di sottoscrizione dell'accordo (aziendale) da parte delle sole rappresentanze presenti in azienda, va osservato che mentre nel caso della sussistenza di una rsu esso dovrebbe essere riferito alla composizione di questa, nel caso della presenza delle rsa non sussiste alcun elemento espresso, nella previsione, che induca a ritenere indispensabile il calcolo sulla scorta degli iscritti alla associazione sindacale nel cui ambito la rsa è costituita. E ciò potrebbe indurre a ritenere letteralmente ammissibile anche la sottoscrizione a maggioranza delle rsa presenti in azienda, pur se, in ipotesi, minoritarie sul piano del dato associativo. Senonché un simile criterio non basterebbe a garantire la pretesa di leggere la previsione in senso adeguato all'art. 39; pretesa che comporta necessariamente la verifica che la maggioranza sia dimostrata proprio su questo piano.

Ma anche in tali circostanze, per le ragioni già esposte, risulterebbe evidentemente essenziale la consultazione referendaria (161), la quale, peraltro, se si condividono le già ricordate posizioni di parte della dottrina, sarebbe necessaria anche in caso di sottoscrizione dell'accordo ad opera della rsu (162).

(160) In definitiva, nel quadro di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 8 sarebbe quantomeno scongiurato il rischio (paventato da Scarpelli, 2011, 15) che l'effetto *erga omnes* operi per accordi sottoscritti solo da soggetti esterni all'azienda e senza il ricorso a « meccanismi di valutazione del consenso maggioritario tra i dipendenti della stessa impresa ». Per una diversa soluzione v. Garilli, 2012, 36; secondo l'A., il rispetto del criterio maggioritario dovrebbe essere assicurato dalla sottoscrizione anche da parte delle rappresentanze presenti in azienda (nello stesso senso Galantino, 2011, 15; cfr., altresì, Carinci F., 2011b, 29); senonché, anche questa eventualità potrebbe non essere sufficiente, per le ragioni tra breve esposte con riferimento al contratto aziendale.

(161) Cfr. anche Galantino, 2011, 20; Garilli, 2012, 39.

(162) V. le osservazioni di Carabelli, 2010, già riferite in nt. 141. Peraltro, anche ove non si condividesse tale impostazione non potrebbe sottovalutarsi, con riferimento all'ipotesi di un contratto stipulato dalle rsu, un ulteriore profilo critico, rimarcato da quanti osservano che la clausola del terzo riservato contenuta nell'attuale disciplina delle rsu (assente invece, come si ricorderà, nella PA) comporti una « falsificazione dei rapporti di forza elettorali », ammissibile, ancorché criticabile, all'interno di un modello convenzionale, ma illegittima nel contesto di un modello legale (Fontana, 2011, 332, sia pure con rif. al meccanismo dell'AI del giugno, 2011; Barbieri, 2012; ma v. anche, con specifico riferimento all'art. 8, Galantino, 2011, 20). Critico nei confronti della scelta consacrata nell'AI di esclu-

Gli strumenti descritti, in definitiva, avvicinerrebbero sensibilmente il procedimento diretto alla estensione dell'efficacia soggettiva degli accordi contemplati dall'art. 8 a quello che, come più sopra rammentato (§ 2.1), è stato elaborato dalle parti sociali nel contesto dell'AI del giugno 2011. Ma si tratta di un avvicinamento parziale (163) e solo casuale.

Infatti, nella sfera di efficacia dell'AI il meccanismo di imputazione degli effetti degli accordi aziendali (derogatori) sulla sfera giuridica dei non iscritti è pur sempre riconducibile — nei termini illustrati e a condizione che siano rispettati anche i limiti qualitativi, oltre che procedurali, da esso fissati — all'adesione del singolo alla disciplina dei livelli superiori (164). In tale contesto, la concreta scelta degli strumenti procedurali adottati assolve chiaramente ad una funzione, prodromica, di composizione dei dissidi *tra* soggetti collettivi nella determinazione delle regole del gioco cui si atterrà la loro azione negoziale. Tanto da non potersi escludere che, in altri contesti, il *mix* degli strumenti utilizzati diverga anche sensibilmente, senza che ciò possa minimamente incidere sull'esito del predetto meccanismo di imputazione.

Al contrario, allorché si tratti di estendere l'efficacia di accordi che introducono deroghe non rientranti tra quelle che l'autonomo sistema — nei diversi contesti — contempla, il problema assume connotazioni ben diverse, poiché la partecipazione democratica di tutti i lavoratori non è più (solo) strumento di preventiva composizione dei potenziali conflitti *tra* soggetti collettivi, ma rappresenta la condizione indefettibile di qualsiasi pretesa attua-

dere il referendum in caso di sottoscrizione da parte della rsu è anche Romagnoli (2011a), poiché essa si traduce in « una presunzione *assoluta* di consenso dei diretti interessati che le permette di operare in un clima di accentuato decisionismo ». In generale, per ampi rinvii a coloro che enfatizzano, criticamente, la presenza del terzo riservato nelle rsu dell'impiego privato v. Lambertucci, 2009, 568.

(163) Si pensi, in particolare, all'eventualità che nella singola realtà aziendale l'accordo sottoscritto dalle rsa non sia sottoposto al referendum per mancanza dei presupposti previsti dall'art. 4 dell'AI (ma, come s'è appena detto, un profilo di criticità — sempre nella prospettiva dell'efficacia generale imposta per legge — deriva anche dalla presenza del terzo riservato nelle rsu).

(164) Senza che ciò escluda, come pure si è già precisato, la volontaria adesione anche ad un singolo contratto collettivo non rispettoso dei limiti in questione.

zione “per equivalenti” dell’art. 39 Cost., indipendentemente dal contesto negoziale di riferimento (165).

L’esercizio qui compiuto, è bene ribadirlo in via conclusiva, non implica affatto l’accoglimento delle tesi che ritengono ammissibile una simile attuazione (ché, anzi, proprio la evidenziazione dei numerosi problemi scaturenti, su questo piano, dalla lacunosa disciplina dell’art. 8 dimostrano quanto perigliosa sia questa strada); ma è volto a porre alcune questioni imprescindibili per chiunque la ritenga invece percorribile senza vanificare, oltre che la procedura, anche la sostanza del progetto disegnato dal Costituente.

Al riguardo, è necessaria un’ultima osservazione. Il c. 2-*bis* dell’art. 8 attribuisce le facoltà derogatorie in esso contemplate solo ad intese che rispondano a tutti i requisiti previsti dal primo comma (166). Ebbene, va riconosciuto che l’eventuale dichiarazione d’incostituzionalità di quest’ultimo, nella parte in cui prevede l’efficacia generalizzata degli accordi, per contrasto con l’art. 39 Cost., non inciderebbe direttamente sul c. 2-*bis*; pertanto, quei poteri derogatori non sarebbero immediatamente caducati, ferma restando la necessità del rispetto degli altri requisiti previsti dal c. 1 (in particolare, quelli attinenti agli obiettivi che giustificano la deroga). In tal senso, si potrebbe dire che il criterio maggioritario diverrebbe il presupposto non per l’acquisizione di efficacia *erga omnes* da parte dei contratti, ma per la stessa validità della deroga (167).

5. *Rappresentanza (aziendale), selezione dei soggetti e poteri contrattuali, tra omissioni e azioni del legislatore: l’intreccio tra l’art. 19 st. lav. e l’art. 8, d.l. n. 138.*

Al pari di quelli relativi al contratto collettivo, anche i temi connessi alla rappresentanza sindacale hanno risentito del rile-

(165) Risultato, questo, che non è possibile raggiungere, per quanto ci si affanni, limitando l’indagine al rapporto tra AI e art. 8.

(166) V., *supra*, § 2.2; ma in senso contrario, come s’è detto, v. Vallebona 2012, 346 (e 350) e Tremolada 2012, 357, i quali ritengono che il rispetto del criterio maggioritario non sia necessario ai fini del ricorso ai poteri derogatori contemplati dal comma 2-*bis*.

(167) Per la sottolineatura della necessità di analizzare separatamente le due parti di cui si compone l’art. 8, anche nella prospettiva di eventuali interventi della Corte, v. Bellomo, 2012 (il cui ragionamento, spec. 285 ss., è però condotto partendo dalla possibile incostituzionalità del c. 2-*bis*).

vante influsso esercitato dai più ampi mutamenti che hanno interessato il contesto di riferimento.

Sul versante imprenditoriale, in primo luogo, si è registrato un forte fermento, non solo nel quadro delle vicende che hanno interessato la Fiat e che hanno portato alla scelta di fuoriuscire da Confindustria; nel più ampio contesto del sistema di rappresentanza datoriale, infatti, hanno assunto uno specifico rilievo il superamento di taluni tradizionali criteri organizzativi (o ‘assi di divisione’) (168), che soddisfacevano alla logica dell’appartenenza (169), e la creazione di nuovi soggetti rappresentativi che, almeno nelle intenzioni, dovrebbero contribuire a ridurre la frammentazione dell’associazionismo datoriale (170). Anche se, va riconosciuto, mentre il primo fenomeno, pur nella imponderabilità degli effetti emulativi che ne potrebbero scaturire (171), si è comunque accompagnato a un dirompente (quantunque tuttora circoscritto) processo di modifica degli assetti della contrattazione (dapprima con la sottoscrizione di accordi di secondo livello, poi con la realizzazione di un accordo di primo livello che, in prospettiva, potrebbe costituire — ma non necessariamente (172) — il ccnl del settore auto) (173), il secondo è ancora *in fieri* e, soprat-

(168) Lanzalaco, 1990, nel riferirsi alle selezioni operate sulla base del settore economico, delle dimensioni aziendali, del tipo di impresa, della struttura proprietaria e dell’orientamento politico.

(169) In tale prospettiva, ad esempio, appare particolarmente significativa la (non recente) apertura di Confindustria alle imprese del terziario e a partecipazione pubblica.

(170) Si pensi, in particolare, a R.ETE Imprese Italia (RiI), creata nel 2010 su iniziativa di Concommercio, Confesercenti, CNA, Confartigianato e Casartigiani; ad Alleanza delle Cooperative Italiane (ACI), creata nel 2011 e cui partecipano AGCI, Confcooperative e Legacoop; alla Federazione delle Banche, delle Assicurazioni e della Finanza (FeBAF), nata nel 2011 a seguito della trasformazione statutaria che ha interessato la Federazione ABI-ANIA, alla quale aderisce ora anche Assogestioni (per un riepilogo, Delai, 2011). Su questi processi v. Feltrin, 2011; Zan, 2011, nonché, per i riflessi sulla struttura contrattuale, Bellardi, 2012.

(171) Effetti che proprio l’art. 8 potrebbe evidentemente favorire: Cella 2011, 142.

(172) Nulla esclude, infatti, che altri gruppi che entrino eventualmente nel settore auto optino invece per la confluenza nel sistema confindustriale.

(173) L’effetto, in particolare, è quello della frammentazione associativa e della « disarticolazione del sistema contrattuale, tanto che vi si legga la tendenza a ‘scomporre’ il contratto nazionale per sotto-articolazioni più omogenee della categoria produttiva, tanto che vi si legga — più realisticamente — quella a sostituirlo con contratti aziendali,

tutto, non ha ancora prodotto significativi effetti sul piano del sistema contrattuale (174).

Dal lato delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, senza trascurare i processi di fusione che da qualche tempo interessano le diverse categorie all'interno delle grandi confederazioni (175), il dato più rilevante è indubbiamente costituito dalla forte conflittualità sviluppatasi *tra di esse* in sede di riforma del sistema contrattuale e di rinnovo di alcuni importanti contratti nazionali (in particolare, metalmeccanici e terziario, distribuzione, servizi), oltre che di quelli del gruppo Fiat. In questo contesto, mentre nell'AQ del 22 gennaio 2009, non sottoscritto da Cgil, il tema della rappresentanza era sostanzialmente rinviato a successive intese che avrebbero dovuto definire « nuove regole in materia di rappresentanza delle parti nella contrattazione collettiva », scegliendo tra le diverse possibili « ipotesi che possono essere adottate con accordo », con l'AI del giugno 2011 si sono invece rotti gli indugi e, nel contesto della ritrovata unità tra le confederazioni, la definizione pattizia delle regole sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali ai fini della contrattazione nazionale di categoria è stata posta al centro della riflessione. Nell'AI, infatti, si è proceduto alla individuazione, ancora embrionale e pur non indenne da critiche (176), di un criterio di misurazione fondato sulla ponderazione tra i dati relativi alla consistenza associativa (desumibili dalle deleghe relative ai contributi sindacali) con quelli relativi al consenso ottenuto nelle elezioni delle rsu (177); ed è evidente che, benché il criterio sia previsto per la sola determinazione della soglia minima di rappresentatività necessaria al fine della « legittimazione a negoziare » (5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il ccnl), esso costituisce un presupposto politico, se non giuridico (178), per prevenire — in un contesto di regole del

almeno per le imprese di grandi dimensioni, in modo che nella stessa categoria gli accordi aziendali e il contratto nazionale convivano, ma in alternativa tra loro » (Bellardi, 2012).

(174) V. ancora Bellardi, 2012.

(175) Su cui v. Leonardi, 2011.

(176) Scarpelli 2011, 7 ss.; cfr. anche Romagnoli, 2011a.

(177) Sotto questo aspetto, è evidente il richiamo al modello dettato per la contrattazione collettiva nelle PA, sulla cui esportabilità nel settore privato, come noto, si registrano opinioni dissenzianti (per tutti, di recente, Carinci F., 2011b, 16 s.).

(178) V., tra i tanti, Scarpelli, 2011, 8 ss.; Romagnoli, 2011a; Ferraro, 2011, 20;

gioco condivise e mediante l'applicazione della regola della maggioranza calcolata sulla base del consenso (associativo ed elettorale) — lo sbocco giudiziario dei conflitti endosindacali. Ma, naturalmente, anche le già illustrate previsioni sull'efficacia del contratto aziendale contenute nel medesimo AI rappresentano un deciso e, per quel che si è sopra detto, passo in avanti in questa direzione (179).

Orbene, anche su questo, pur innovativo, contesto di riferimento ha inciso l'art. 8, non solo per gli effetti che esso è in grado di produrre sul piano della destrutturazione degli assetti contrattuali, ma anche per le sue indubbe interferenze con la dimensione aziendale della rappresentanza stessa e, nella prospettiva qui seguita, come ulteriore volano per la potenziale neutralizzazione del dissenso collettivo e/o per la marginalizzazione di chi ne è portatore.

Anche con riferimento al tema della rappresentanza, infatti, va confermata la valutazione anticipata in premessa, secondo cui l'art. 8 rappresenta un vero e proprio crocevia di numerosi nodi non ancora sciolti del nostro diritto sindacale.

Il profilo che merita qui specifica attenzione attiene, in particolare, alla rilevante interferenza della previsione sul terreno della rappresentanza aziendale; un terreno, tradizionalmente sismico, divenuto ancora più instabile in connessione con la crisi del sistema di rappresentanza e contrattazione unitaria, nel cui contesto sono emersi in tutta la loro evidenza anche i profili di criticità e di inefficienza della « mutilata » formulazione post-referendaria dell'art. 19, l. n. 300/1970 (180).

In particolare, tra gli “effetti collaterali” della menzionata

Santoni, 2012, 113 ss.; Santoro Passarelli G., 2012, 156 ss.; Fontana, 2011, 322 ss.; Occhino, 2012, 77 ss.; Ricci M., 2012, 42 ss.; Barbieri, 2012; nonché le diverse posizioni emerse nel dibattito oggi raccolto in Carinci F., a cura di, 2012.

(179) Né possono essere sottovalutate, per inciso, le previsioni contenute nella coeva Intesa, tra Cgil, Cisl e Uil, sugli *accordi sindacali con valenza generale* (rispetto ai quali sono disciplinate modalità di formazione e discussione unitaria delle piattaforme e delle ipotesi di accordo, con espresa indicazione del coinvolgimento di tutti i lavoratori e dei pensionati) e sugli *accordi di categoria* (per i quali è previsto un rinvio alle Federazioni di categoria per la definizione di specifici regolamenti sia sulle procedure di rinnovo, che garantiscano il coinvolgimento anche dei non iscritti, sia sulle regole e criteri per le elezioni delle Rsu e per la consultazione dei lavoratori e delle lavoratrici per gli accordi di II livello).

(180) Cella, 2011, 139.

crisi vanno annoverati quelli conseguenti alla « strategia d'attacco » (181) che talune aziende soprattutto, ma non solo, del gruppo Fiat (182) hanno posto in atto, disconoscendo la rsa del sindacato non firmatario del contratto collettivo applicato, anche se ampiamente rappresentativo (persino il più rappresentativo) nella categoria e/o nell'azienda stessa (183).

Tale strategia ha dato la stura a numerose azioni giudiziarie, nelle quali ha nuovamente ed inevitabilmente assunto rilievo centrale la questione della legittimità costituzionale dell'art. 19 (184) e della possibilità di offrirne una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a prevenire l'intervento del Giudice delle leggi.

Ed invero, la mancata sottoscrizione di accordi da parte di un soggetto collettivo (foss'anche egemone o quasi monopolista della rappresentanza nella sfera di riferimento) riverbererà i propri effetti, in presenza di simili scelte aziendali, non solo sul piano del successivo godimento dei diritti sindacali previsti dal titolo III della l. n. 300, ma anche sulla successiva dialettica aziendale, poiché produrrà l'estromissione del sindacato "scomodo" dall'esercizio di una serie di prerogative e poteri previsti dalla legge: quel sindacato, infatti, per effetto di una propria scelta negoziale, pur libera (art. 39, c. 1, Cost.), ed a seguito di una precisa "reazione" aziendale, non potrà neppure pretendere di ricevere le informazioni che, con riferimento a numerose materie, il legislatore im-

(181) Del Punta, 2011, 1431.

(182) Analoghe scelte sono state compiute da alcune imprese che applicano il contratto Confindustria, non sottoscritto dalla Filcams-Cgil.

(183) Si tratta di un esito che — nel "mondo" Fiat — era stato in qualche modo preannunciato o, addirittura, preordinato (cfr. Bavaro, 319 ss.; Carinci F., 2012, 21 ss.), se è vero che, già nell'accordo di primo livello del 29 dicembre 2010, poi definitivamente sottoscritto il 13 dicembre 2011 tra la Fiat e le oo.ss. Fim, Uilm, Fismic, Uglm e Associazione Quadri e Capi Fiat, si prevedeva che rsa « possono essere costituite ai sensi dell'art. 19 [...] dalle Organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente contratto collettivo » e, soprattutto, che il successivo *Accordo di regolamentazione per la elezione e il funzionamento delle rsa/rls nel gruppo Fiat*, sottoscritto il 1° febbraio 2012 tra le predette oo.ss., riserva ad esse la "nomina" delle rsa e crea, nei fatti, un sistema di rappresentanza aziendale unitario, elettivo ed esclusivo, ma riservato e chiuso, poiché non accessibile da parte di qualsiasi soggetto collettivo che non abbia sottoscritto il contratto applicato.

(184) In dottrina, tra i tanti, cfr. Del Punta, 2011, 1433; Mariucci, 2011a, 258 ss.; Carabelli, 2011, § 3; Lambertucci, 2012, § 4. V. anche, per un'analisi incentrata sui problemi di compatibilità della previsione con la Carta di Nizza, Coppola, 2011.

pone a beneficio delle sole rsa, né di svolgere il proprio ruolo ai numerosi tavoli di esame congiunto e, soprattutto, negoziali, per i quali il legislatore contempla la presenza delle medesime rsa, talora unitamente alle rispettive associazioni di categoria (si pensi, ad esempio, alle competente negoziali già contemplate dagli artt. 4 e 6 della medesima l. n. 300 e a quelle previste in materia di trasferimento d'azienda e di procedure di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di licenziamento collettivo).

Nell'economia del presente lavoro non è possibile, né necessario esaminare nel dettaglio la questione, che è stata del resto già affrontata in una relazione (185) e in numerosi interventi alle ultime giornate di studio della nostra Associazione.

Giova comunque sottolineare che una interpretazione correttiva dell'art. 19, già prospettata — in tempi “non sospetti” — da Gianni Garofalo in sede di commento ad una delle ordinanze di remissione della questione di costituzionalità del suo nuovo testo (186), viene oggi in parte riproposta da quanti ritengono che nella residua definizione in esso contenuta rientrerebbero tutti i soggetti realmente attori del processo negoziale o comunque dotati di adeguata rappresentatività, indipendentemente dalla concreta sottoscrizione di un accordo (187). Una tale interpretazione

(185) Bellocchi, 2011.

(186) Garofalo M.G., 1995, 665 (« alla luce della sua *ratio*, il testo normativo andrebbe dunque interpretato come effettiva partecipazione al processo negoziale: se ciò fosse possibile, si realizzerebbe un risultato che sanerebbe le aporie denunciate da chi afferma l'illegittimità della norma: rientrerebbero nella definizione normativa quelle organizzazioni che hanno effettivamente partecipato al processo contrattuale pur senza partecipare all'accordo e ne sarebbero escluse quelle che hanno firmato per mera adesione, senza partecipare a questo processo »).

(187) Cfr. Ferraro, 2011, 18; Scarponi, 2011a, 304 ss.; Carinci F., 2012, § 6 e 7; Bavaro, 2011a, 321 ss. L'interpretazione adeguatrice viene talora suffragata dal richiamo strumentale dei passaggi in cui la Corte costituzionale, nel respingere la questione, fornì una lettura del nuovo testo dell'art. 19 « tale da far coincidere il [nuovo] criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale »: Corte cost. n. 244/1996, con la quale, come si ricorderà, il giudice delle leggi tornò sul problema del c.d. *accreditamento* datoriale di una rsa, dopo la sentenza n. 30/1990 ed il referendum del 1995. Nello sviluppo argomentativo della Corte, per il vero, si coglie soprattutto uno dei due corni della questione posta da Garofalo, quello ora meno rilevante, poiché l'argomento fu utile ad affermare che « non è perciò sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto ». La letteratura sulla

ha fatto strada in una parte della giurisprudenza di merito, sia pure con diversi percorsi argomentativi (188), ma è contrastata da quanti ritengono che la lettera della previsione risulterebbe forzata ove si intendesse « attribuirle un significato volto ad ancorare la rappresentatività — e dunque la selezione dei soggetti destinatari delle norme di protezione — a criteri diversi dalla partecipazione al processo di contrattazione collettiva, desumibile dalla sottoscrizione del contratto » (189).

Orbene, quel che sembra più utile sottolineare è che l'art. 8, con la sua imponente e prepotente forza d'urto, finisce per acuire i segnalati profili di criticità del nuovo testo dell'art. 19, sino a fornire un ulteriore argomento a sostegno della sua incostituzionalità, nella misura in cui la previsione statutaria finisce per subordinare alla sottoscrizione di un accordo applicato nella u.p. (o può essere interpretato nel senso di subordinare ad esso) non solo il godimento dei diritti sindacali (190), ma anche la titolarità di formidabili poteri derogatori, con efficacia generale.

Ed in questo risiede certamente un ulteriore punto critico del sinergico operare dell'intervento legislativo più recente con una ormai antica carenza di regolazione sui presupposti della presenza sindacale in azienda.

Un punto critico derivante dalla combinazione tra azioni ed omissioni del legislatore ordinario: da un lato, l'azione, rappresentata dall'attribuzione — in termini inediti — di relevantissimi poteri derogatori alle rsa, coniugata con l'espressa attribuzione dell'efficacia generale ai loro prodotti negoziali; dall'altro, l'omissione, ormai antica, relativa alla carenza di una nuova regolazione dei presupposti per la presenza sindacale in azienda.

Una carenza che perdura nonostante il monito con cui si

sentenza è molto ampia; ci si limita a rinviare, da ultimo, anche per i profili salienti dell'evoluzione giurisprudenziale ad essa successiva, a Bellocchi, 2011, 561 ss., nonché alla trattazione di Ricci M., 1999, 241 ss.

(188) V. T. Lanciano 30 aprile 2012; T. Bari 20 aprile 2012; T. Bologna 27 marzo 2012; cfr. anche, peraltro nel contesto di una peculiare vicenda sunteggiata da Bellocchi, 2011, 577 s., T. Civitavecchia 3 febbraio 2011.

(189) Così T. Modena 4 giugno 2012, che ha conseguentemente sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 19; ma cfr. già, tra le altre, T. Lecce 12 aprile 2012; T. Torino 13 aprile 2012; T. Milano 3 aprile 2012 e 27 aprile 2012; T. Biella 21 aprile 2012; T. Brescia 24 aprile 2012.

(190) Questa prospettiva d'analisi è invece privilegiata in Bellocchi, 2011.

chiudeva la sentenza n. 30/1990 della Consulta, che invitava il legislatore a « dettare nuove regole idonee ad inverare, nella mutata situazione, i principi di libertà e di pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 Cost.; prevedendo, da un lato, strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni, ivi comprese quelle di cui all'art. 19 dello Statuto; dall'altro la possibilità che le misure di sostegno — pur senza obliterare le già evidenziate esigenze solidaristiche — siano attribuite anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norma, che attraverso una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso » (191).

Monito non più riprodotto, invero, più che per una sopravvenuta adeguatezza dell'art. 19, a seguito del *referendum* del 1995, soprattutto grazie alla sostanziale tenuta del sistema, assicurata dal percorso da tempo intrapreso autonomamente dalle tre grandi confederazioni e poi inveratosi, in via pattizia, con la nascita delle rsu e la fissazioni di alcune regole oggi messe in discussione: la possibilità di un verifica democratica del consenso, mediante l'elezione almeno di una parte dei componenti, e la possibilità di una reale partecipazione all'agone elettorale anche da parte di soggetti che non siano sottoscrittori di accordi, ma che abbiano consenso in azienda (192). Ed infatti, se la Corte ha potuto sbarazzarsi con facilità delle questioni di costituzionalità poste con riferimento al testo post-referendario, con effetti di conservazione del sistema (193), ciò è stato dovuto anche al fatto che quelle regole esistessero e fossero in grado di garantire comunque la presenza in azienda (e al relativo tavolo negoziale) dei soggetti realmente protagonisti delle relazioni sindacali.

Nelle stesse pronunce della Corte costituzionale successive al *referendum*, i sintetici argomenti portati a sostegno della legittimità della nuova formulazione dell'art. 19, rispetto alle questioni che al momento interessano, si incentrano su di un'analisi, per così dire, "interna" al titolo III della l. n. 300/1970 e mirano a confutare che quella formulazione eserciti un condizionamento improprio sulle scelte negoziali del sindacato, costringendolo a

(191) Corte cost. 30/1990, punto 6.

(192) Profilo, quest'ultimo, totalmente disatteso nel citato *Accordo di regolamentazione per la elezione e il funzionamento delle rsa/rls nel gruppo Fiat* del febbraio 2012.

(193) Ricci M., 1999, 266.

sottoscrivere un contratto collettivo, anche se ritenuto non rispondente agli interessi dei lavoratori aderenti, pur di assicurarsi il godimento dei diritti e delle prerogative assicurate dal medesimo Titolo III. A parere della Corte, infatti, il condizionamento sulle scelte del sindacato non è certo escluso, ma rientra nel “gioco” delle parti, nella normale dinamica del conflitto di interessi e dei rapporti di forza, se è vero che il rischio di non accedere ai benefici in questione rappresenta uno dei fattori « del calcolo costi-benefici che [il sindacato ...], come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni » (194).

Orbene, se è pur vero che « *tutti* i sindacati possono stipulare un contratto collettivo e conquistare i diritti sindacali » (195), il nervo scoperto, oggi, è un altro. A prescindere dalla condivisibilità o meno dell’esito cui giunge il Giudice delle leggi nello specifico contesto (storico e tematico) di riferimento (196), appare infatti evidente che il calcolo di convenienza cui il sindacato è chiamato (ed in ciò consiste il profilo più delicato della questione) risulta condizionato non solo dal rischio di perdere l’accesso a quei diritti, ma anche dalla eventualità di non poter poi accedere ai futuri processi negoziali in azienda riservati alle rsa (197).

Ed è bene osservare che ulteriori e ben noti passaggi della giurisprudenza costituzionale — attinenti alle caratteristiche del contratto previsto dall’art. 19 (198) e, soprattutto, alla impossibilità di accesso pattizio alla qualifica di rsa ai sensi del medesimo

(194) Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 345 (ord.): al più, un sindacato « disposto a sottoscrivere un cattivo contratto per i suoi rappresentati pur di ritagliarsi una porzione di potere in azienda, [...] semplicemente non tutel[erebbe] come dovrebbe i loro interessi configurandosi o come un sindacato sfuggito al controllo degli associati, cioè non più rispettoso del precetto costituzionale di democraticità interna, o, al limite, come un sindacato di comodo vietato dall’art. 16 [recte: 17] dello statuto ». Illustra questi passaggi della pronuncia, Bellocchi, 2011, 561; più ampiamente, ma criticamente, Ricci M., 1999, 263 ss. (anche con riferimento alle successive e ancor più sintetiche ordinanze del 23 maggio 1997, n. 148, e del 26 marzo 1998, n. 76).

(195) Bellocchi, 2011, 583.

(196) Non può infatti obliterarsi come il calcolo costi-benefici non possa essere trasportato di sana pianta sul piano della contrattazione collettiva dove, dal lato del soggetto collettivo, la scelta di stipulare o meno è garantita costituzionalmente.

(197) V. anche Ricci M., 1999, 265.

(198) V. ancora Corte cost. 244/1996, al cui interno, nel contesto di una interpretazione restrittiva dell’art. 19, la Corte ha trovato il modo di precisare che l’accordo idoneo

articolo (199) — contribuiscono a creare un circolo vizioso dal quale un soggetto sindacale “forte”, ma non disposto a sottoscrivere accordi ritenuti pregiudizievoli per la tutela dell’interesse collettivo, nemmeno potrebbe riuscire a raggiungere il risultato rilevante *ex art. 19* agendo sulla leva, appunto, della propria capacità conflittuale. Infatti, a parte ogni considerazione sulla scarsità, in una fase storica di crisi, della risorsa conflittuale (peraltro spesso demonizzata proprio nell’attuale dibattito), a rigore quei passaggi dovrebbero indurre a negare che tra le rsa « operanti in azienda » ai sensi dell’art. 19 possa rientrare quella eventualmente “accreditata” con un accordo *ad hoc* (sopraggiunto all’esito della “spesa” di risorse conflittuali) e costituita nell’ambito di associazioni sindacali non firmatarie di (altri) contratti aventi le caratteristiche pretese dalla Corte.

In verità, se questa contraddizione interna al sistema era teoricamente presente già a partire dalla seconda metà degli anni ’90, ma risultava in gran parte celata nella concreta esperienza pratica, in virtù della perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali dotati della rappresentatività storica riconducibile all’ormai abrogata lett. *a* dell’art. 19, essa diviene oggi dirompente e centrale nella riflessione, sopravanzando i pur rilevanti problemi legati alla logica “interna” al titolo III.

Lo sviluppo dei rinvii al livello aziendale sopra rammentati, che raggiungono l’acme con la versione definitiva dell’art. 8 del d.l. n. 138, con la spinta verso un deciso spostamento del baricentro della contrattazione collettiva e, quindi, dei *luoghi* della tutela, uniti alla precisa scelta di parte del mondo imprenditoriale di estromettere dalle aziende il sindacato non (più) sottoscrittore di contratti applicati nell’unità produttiva, finiscono per interferire in modo ancora più significativo sulla libera dinamica negoziale.

Ed una simile incidenza finisce per integrare un profilo di incostituzionalità (per contrasto con l’art. 39, c. 1, Cost.), che la stessa Corte non può certo, almeno in linea di principio, discono-

ad integrare i requisiti da esso imposti è solo l’accordo normativo che regoli in modo organico, e non in modo meramente occasionale o su aspetti marginali, i rapporti di lavoro (ma si tratta di un’interpretazione non accolta da una parte della giurisprudenza successiva, su cui v. ancora Bellocchi, 2011, 561 ss.; per una critica all’approccio della Corte sul punto, da ultimo, Bollani, 2011, 20; Natullo, 2011, 783).

(199) V. Corte cost. n. 30/1990.

scere. Infatti, proprio « la tutela costituzionale dell'autonomia collettiva garantisce la libertà di decisione del sindacato in ordine alla stipulazione di un contratto collettivo con un certo contenuto, e dunque garantisce il sindacato contro comportamenti dell'altra parte o di terzi, in particolare del potere politico, diretti a interferire nel processo di formazione della sua volontà, turbandone la libera esplicazione » (200) (a ciò conduce, infatti, la considerazione dei più complessivi contenuti del principio di libertà sindacale, i quali includono l'attività contrattuale, che ha « per oggetto i comportamenti strumentali al conseguimento di accordi ») (201).

Ebbene, con l'art. 8, d.l. n. 138, risulta ormai definitivamente strappato il velo (reso, peraltro, già trasparente a causa delle narrate vicende) che induceva l'interprete a leggere, nella prospettiva del primo comma dell'art. 39, il contratto come un *prius* rispetto all'intervento legislativo di sostegno; un intervento non idoneo ad alterare il « fondamento volontario e i criteri di autolegittimazione che presiedono al funzionamento » del sistema e dell'attività contrattuale, i quali precedono la legge e procedono, comunque, per la propria strada, quale « variabile esterna » rispetto ad essa (202).

Ammesso che dopo la modifica referendaria ci si potesse ancora concedere questo lusso, di certo, oggi, l'art. 19 non può più essere letto come avulso dal più complessivo contesto normativo: esso, invero, ha perso la propria (originaria) funzione di individuazione del campo di applicazione della legislazione promozionale e di sostegno (203) e condivide ormai da tempo, nell'intreccio con

(200) È questa la condivisibile premessa da cui parte la stessa ordinanza n. 345/1996, cit.

(201) Giugni 1979, 280. V. anche Ricci M., 2012, 55-57.

(202) Le parole di D'Antona (1998, 673) sono tuttora utilizzate da Bellocchi (2011, 580), nel contesto della propria analisi sull'art. 19, ad ulteriore supporto della legittimità costituzionale della previsione, pur ritenuta « ingiusta »; secondo l'Autrice (581 ss.), il rimedio ad una simile *ingiustizia* non andrebbe ricercato in interpretazioni forzate della previsione statutaria, né nella denuncia della sua incostituzionalità, ma in una soluzione negoziale, interna quindi al sistema di relazioni industriali, che apra l'accesso ai diritti sindacali anche alla Fiom. Sennonché, la cronaca mostra come l'intento dei soggetti sottoscrittori del già citato accordo Fiat di primo livello e del successivo Accordo di regolamentazione per la elezione e il funzionamento delle rsa/rls nel gruppo Fiat, vada in opposta direzione, se è vero che l'accordo prelude alla creazione di rsa unitarie elettive (un nuovo modello di rsu, in sostanza) che sono riservate alle sole oo.ss. firmatarie.

(203) Carabelli, 2011, § 4.

altre norme, la gravosa responsabilità di determinare le scelte negoziali di soggetti che, per ciò solo, non sono più in grado di procedere in piena libertà (204).

Restando sul piano della reciproca interferenza con l'art. 8, d.l. n. 138, infatti, poco conta stabilire se la costituzione delle rsa e i diritti sindacali siano « la conseguenza di rapporti negoziali diretti con le controparti » (205). Ciò che importa è la (indubbia) idoneità dell'art. 19 a selezionare i soggetti che si possono sedere al tavolo per “contrattare le deroghe” ammesse dalla legge; un tavolo che, in assenza di rsu, rischia — in alcune realtà aziendali — di essere composto da rsa, certo necessariamente aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative (206), ma che esprimono solo in parte (o addirittura in minima parte) il panorama dell'associazionismo sindacale della specifica azienda.

Ed è bene chiarire che sulla questione non incide, ovviamente, la riflessione sopra condotta in merito alle conseguenze che andrebbero tratte dall'eventuale accoglimento delle tesi che ammettono l'attuazione “per equivalenti” dell'art. 39, seconda parte, Cost.; conseguenze che, tra l'altro, riguardano l'interpretazione adeguatrice del riferimento al criterio maggioritario contenuto nell'art. 8, alla cui stregua l'eventuale accordo sottoscritto dalle rsa presenti in azienda dovrebbe comunque essere sottoposto alla consultazione referendaria. Ed infatti, anche tale interpretazione non è in grado di garantire al sindacato priv(at)o di propria rsa di partecipare e di incidere, per il suo tramite, sul processo negoziale (oltretché di rivendicare il godimento dei diritti sindacali).

Va se mai segnalato che, ove si ritenga invece che il criterio maggioritario previsto dall'art. 8, c. 1, debba essere verificato considerando il numero degli iscritti, nel contesto di riferimento, ai sindacati nel cui ambito sono costituiti le rsa presenti in azienda, il *vulnus* sarebbe ancora più significativo e gli esiti, sul piano del calcolo “maggioritario”, aberranti. Ed infatti, in concreto, le rsa

(204) Cfr. Carinci F., 2011b, 67. Anche nei rapporti tra soggetti collettivi, del resto, gli effetti della norma non sono neutri; adattando alla questione un'icastica osservazione di Persiani (2011a, 7), sia pure formulata ad altro proposito, si può dire che essa contribuisce a confermare che « il conflitto tra il sindacato che rifiuta la stipulazione del contratto collettivo e sindacato che la accetta è inevitabilmente [...] risolto a favore di quest'ultimo ».

(205) Bellocchi, 2011, 544 e *passim*.

(206) *Supra*, § 4.2.

stipulanti potrebbero essere tutt'altro che maggioritarie, ma potrebbero nondimeno risultare tali se dal computo si escludessero i lavoratori aderenti ad associazioni “forti” — sul piano, appunto dell'iscrizione — ma non firmatarie di accordi e, pertanto, espunte dalla realtà aziendale, cioè sprovviste di proprie rsa « operanti in azienda ai sensi della normativa di legge » (207).

In definitiva, anche con riferimento all'intreccio tra l'art. 19, l. 300/1970 e l'art. 8 della manovra d'estate, il piano costituzionale offre all'interprete, ma a monte (o, se si preferisce, a valle) al legislatore, moltissimi profili di riflessione.

In questa prospettiva, l'art. 8 rappresenta invero l'apice di un processo che è avviato da tempo. Si tratta, però, più che della punta di un *iceberg*, di un salto di qualità, in negativo, della legislazione sindacale del nostro Paese (nella misura in cui, oggettivamente, esso costituisce la prima norma “attuativa” dell'art. 39 Cost.): in virtù della combinazione tra le azioni descritte e le omissioni illustrate, l'indubitabile sovrapposizione della sfera dell'*eteronomia* su quella dell'*autonomia* appare non più agevolmente sostenibile in un contesto costituzionale (tuttora) fondato sul pluralismo e sulla libertà di organizzazione e azione sindacale.

Riferimenti bibliografici

ALBI P. (2012), *Il contratto di appalto*, in F. CARINCI, M. PERSIANI, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI (a cura di Brolo M.), Padova, Cedam (di prossima pubblicazione).

ALES E. (2011), *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 134/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/ales_n134-2011it.pdf).

ALLEVA P. (2011), *Opinione su: L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*. in *RGL*, I, 627 ss.

(207) Pertanto, se in astratto non può essere esclusa la presenza al tavolo negoziale di soggetti che non hanno i requisiti di cui all'art. 19, essi e i loro iscritti non avrebbero comunque alcun “peso” nella verifica maggioritaria che l'art. 8 prevede in vista dell'attribuzione dell'efficacia generale alle intese, ma anche — in virtù della connessione sussistente, come accennato, tra il c. 2-*bis* e il c. 1 — dell'esercizio dei poteri derogatori; al contempo, è evidente che, anche ove si ammettesse che l'accordo possa essere sottoscritto in assenza, dal tavolo delle trattative, di talune rsa, la “patente legale” acquisita ai sensi dell'art. 19 sarebbe comunque idonea a produrre significativi effetti, poiché tale assenza potrebbe essere rilevante ai fini del rispetto del criterio maggioritario, nei termini illustrati in testo.

- ANGIOLINI V. (2011), *Opinione su: L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, I, 671 ss.
- BALLESTRERO M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, I, 357 ss.
- BALLESTRERO M.V. (2011), *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 269 ss.
- BARBIERI M. (1990), *Comunicazione scritta*, in AA.Vv., *Rappresentanza e rappresentanza del sindacato*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, organizzate dall'A.I.D.La.S.S. (Macerata, 5-6 maggio 1989), Milano, Giuffrè, 323 ss.
- BARBIERI M. (1997), *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva*, Bari, Cacucci.
- BARBIERI M. (2012), *Intervento alla tavola rotonda su Contrattazione di prossimità e art. 8 l. n. 148/2011 (Roma, 27 aprile 2012)*, in *RGL* (di prossima pubblicazione).
- BAVARO V. (2010), *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'« archetipo » Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *QRS*, n. 3, 337 ss.
- BAVARO V. (2011a), *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *DLRI*, 313 ss.
- BAVARO V. (2011b), *Un profilo dell'Accordo Interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011*, in *QRS*, n. 5, 35 ss.
- BAVARO V. (2012), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione del sistema di relazioni industriali*, in *DLM*, n. 1 (di prossima pubblicazione).
- BELLARDI L. (2012), *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva: le interferenze reciproche*, in AA.Vv., *Studi in onore di Gian Primo Cella* (di prossima pubblicazione).
- BELLAVISTA A. (2012), *Contributo su: L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 311 ss.
- BELLOCCHI P. (1997), *Il contratto collettivo stipulato dalle rappresentanze sindacali unitarie: problemi in tema di efficacia soggettiva*, in *ADL*, n. 4, 281 ss.
- BELLOCCHI P. (2011), *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 543 ss.
- BELLOMO S. (2012), *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 279 ss.
- BERTA G. (2011), *La Confindustria*, in MASCINI M., a cura di, *L'Annuario del lavoro 2011*, Roma, Ed. Il diario del lavoro, 173 ss.
- BIAGI M. (2002), *Cambiare le relazioni industriali: considerazioni sul rapporto del Gruppo di Alto Livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella U.E.*, in *RIDL*, I, 147 ss.
- BOLLANI A. (2011), *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 124/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/bollani_124-2011it.pdf).

- BONARDI O. (2011), *Di decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori* (testo disponibile al sito http://www.noteinformativa.it/NoteInfo/FileViewer.asp?FILE=2011_054_01_Bonardi_Manovre-estate-2011.pdf).
- CARABELLI U. (1986), *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, Jovene.
- CARABELLI U. (2010), *Riforma della contrattazione e verifica del consenso*, in ANDREONI A., a cura di, *Nuove regole per la rappresentanza sindacale*, Roma, Ediesse, 267 ss.
- CARABELLI U. (2011). *Intervento*, in AA.Vv., *Le relazioni sindacali nell'impresa*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, organizzate dall'A.I.D.La.S.S. (Copanello, 24-25 giugno 2011), Milano, Giuffrè, 240 ss.
- CARABELLI U. (2012), *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148/2011 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*. Contributo alla tavola rotonda su Contrattazione di prossimità e art. 8 l. n. 148/2011 (Roma, 27 aprile 2012), in *RGL* (di prossima pubblicazione).
- CARABELLI U., LECCESE V. (2005). *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 345 ss. (una versione è nei WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 22/2004, testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carabelli_leccese_n22-2004it.pdf).
- CARINCI F. (2009), *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *DLRI*, 464 ss.
- CARINCI F. (2011a), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 125/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_n125-2011it.pdf).
- CARINCI F. (2011b), *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 133/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_n133-2011it.pdf).
- CARINCI F. (2012), *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 144/2012 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/carinci_n144-2012it.pdf).
- CARINCI F., a cura di (2011), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa.
- CARINCI F., a cura di (2012). *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa.
- CARRIERI M. (2011), *Le relazioni industriali possono aiutare la regolazione del mercato globale?*, in *QRS*, n. 1, 25 ss.
- CARUSO B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli.
- CARUSO B. (2011), *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica ... e cronaca*, in *RIDL*, III, 265 ss.
- CELLA G. (2011), *Gli attori delle relazioni industriali. Un commento*, in MASCINI M., a cura di, *L'Annuario del lavoro 2011*, Roma, Ed. Il diario del lavoro, 135 ss.

- CESTER C. (2012), *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsosa, 405 ss.
- CHIECO P. (2011a), *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in Atti del Convegno nazionale CSDN di Otranto, 10-11 giugno 2011, “Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro” editi a cura di Balducci e Serrano, CASPUR-CIBER Publishing-Pubblicazioni ecosostenibili, 235 ss.
- CHIECO P. (2011b), *Legge e contratto collettivo: evoluzione normativa e giurisprudenziale. Cronaca di anni difficili*. Relazione all’Incontro di studio in memoria di Mario Giovanni Garofalo, su: Il contratto collettivo e la legge (Bari, 23-24 marzo 2012), dattiloscritto.
- CHIECO P. (2011c), *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 117/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/chieco_n117-2011it.pdf).
- COPPOLA P. (2011), *Accordi di Pomigliano e Mirafiori. Ripensare la rappresentatività sindacale alla luce della Carta di Nizza*, in *RGL*, I, 575 ss.
- CORAZZA L. (2011), *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *RIDL*, I, 617 ss.
- CORTI M. (2011), *La lunga estate calda del diritto del lavoro. Dall’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all’art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *RIDL*, III, 359 ss.
- CRUZ VILLALÓN J. (2012), *Testo e contesto della riforma spagnola della contrattazione collettiva del 2011*, in *DLRI*, 233 ss.
- D’ANTONA M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, *DLRI*, 527 ss.
- D’ANTONA M. (1998), *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 665 ss.
- DELAI N. (2011), *Come cambia l’associazionismo*, in MASCINI M., a cura di, *L’Annuario del lavoro 2011*, Roma, Ed. Il diario del lavoro, 265 ss.
- DEL CONTE M. (2012), *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *DRI*, 24 ss.
- DELL’OLIO M. (1980), *L’organizzazione e l’azione sindacale in generale*, in DELL’OLIO, BRANCA GIO., *L’organizzazione e l’azione sindacale*, Padova, Cedam.
- DEL PUNTA R. (2011), *Del gioco e delle sue regole. Note sulla “sentenza Fiat”* (nota a T. Torino 14 settembre 2011, n. 2583), in *RIDL*, II, 1421 ss.
- DEL PUNTA R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 31 ss.
- DELL’ARINGA C. (2011), *Introduzione*, in MASCINI M., a cura di, *L’Annuario del lavoro 2011*, Roma, Ed. Il diario del lavoro, 11 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (1985), *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, I, 16 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (2010), *L’accordo di Pomigliano: una storia italiana*, *ADL*, 1087 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (2012a), *Crisi economica e relazioni industriali; alcune osservazioni sull’articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, 11 ss.

- DE LUCA TAMAJO R. (2012b), *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, 19 ss.
- DE SALVIA A. (2012), *Intervento all'Incontro di studio in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, su *Il contratto collettivo e la legge* (Bari, 23-24 marzo 2012), dattiloscritto.
- DE SIMONE G. (2011), *Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso Fiat*, in *LD*, 287 ss.
- DI STASI A. (1998), *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Torino, Giappichelli.
- FELTRIN P. (2011), *Rappresentatività e rappresentanza delle associazioni datoriali: dati, sfide, problemi*, in *QRS*, n. 4, 67 ss.
- FERRANTE V. (2011), *Opinione su: L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, I, 659 ss.
- FERRARO G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam.
- FERRARO G. (2011), *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 129/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/ferraro_n129-2011it.pdf).
- FILI V. (2011), *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella Manovra di fer-ragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)*, in *LG*, n. 10, 977 ss.
- FIORAI B. (1991), *Il sistema sindacale italiano ed il principio di maggioranza. Ricognizione sulle regole per la gestione del conflitto*, Milano, Giuffrè.
- FONTANA G. (2004), *Profili della rappresentanza sindacale*, Torino, Giappichelli.
- FONTANA G. (2011), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (e i suoi avversi)*. Un commento « a caldo », in *RIDL*, III, 321 ss.
- GALANTINO L. (2011), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in *QFMB Saggi*, n. 2 (testo disponibile al sito: <http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/Attivitaeditoriale/QuaderniFondazione-MarcoBiagi/Saggi.html>).
- GARILLI A. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 31 ss.
- GAROFALO D. (2012), *Gli accordi territoriali*, in *MGL*, n. 3, 171 ss.
- GAROFALO M.G. (1985), *Rappresentatività sindacale e pluralità degli interessi*, in *PD*, 417 ss.
- GAROFALO M.G. (1995), *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 659 ss.
- GAROFALO M.G. (2011), *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 515 ss.
- GIUGNI G. (1979), *Commento all'art. 39 Cost.*, in BRANCA GIU., a cura di, *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, tomo I, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 257 ss.
- GRAGNOLI E. (2000), *Profili interpretativi dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè.
- GRANDI M. (1985), *L'efficacia del contratto aziendale*, in *PD*, 439 ss.
- GRECO P. (1996), *La rappresentatività sindacale*, Torino, Giappichelli.
- GUARRIELLO F. (2012), *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *DLRI*, 341 ss.
- ICHINO P. (2000), *Il contratto di lavoro*, Vol. I, Milano, Giuffrè.
- ICHINO P. (2011a), *2011: anno zero per il diritto sindacale italiano?* (testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it/?p=16747>).

- ICHINO P. (2011b), *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al civile*, Relazione al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" (Roma - 2 dicembre 2011), dattiloscritto.
- LANZALACO L. (1990), *Dall'impresa all'associazione. Le organizzazioni degli imprenditori: la Confindustria in prospettiva comparata*, Milano, Franco Angeli.
- LAZZERONI L. (1999), *Il contratto collettivo aziendale*, dattiloscritto.
- LAMBERTUCCI P. (2009), *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *DLRI*, 551 ss.
- LAMBERTUCCI P. (2012), *Rappresentanza, rappresentatività sindacale ed esercizio dei diritti sindacali disciplinati dallo Statuto: prime riflessioni*, in AA.Vv., *Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, Franco Angeli (di prossima pubblicazione).
- LASSANDARI A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffrè.
- LASSANDARI A. (2012), *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *LD*, 55 ss.
- LEONARDI S. (2011), *Fusioni organizzative e associazionismo datoriale: quali riflessi sul sistema contrattuale*, in *QRS*, n. 4, 125 ss.
- LIEBMAN S. (1993), *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- LIEBMAN S. (2011), *Sistema sindacale "di fatto", crisi dell'unità sindacale e rinnovi contrattuali separati: prime verifiche giudiziali*, in *ADL*, 485 ss.
- LISO F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 191 ss.
- LOFFREDO A., a cura di (2010), *La titolarità del diritto di sciopero*, Bari, Cacucci.
- LUNARDON F. (1999), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, Giappichelli.
- LUNARDON F. (2012), *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 21 ss.
- MAGNANI M. (2012), *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 1 ss.
- MANCINI G.F. (1963), *Libertà sindacale e contratto collettivo « erga omnes »*, in *RTDPC*, 570 ss.
- MARAZZA M. (2012), *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *DRI*, 41 ss.
- MARESCA A. (2011), *Prime interpretazioni del decreto. Il diario del lavoro* (testo disponibile al sito: www.ildiariodellavoro.it).
- MARESCA A. (2012), *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *DRI*, 16 ss.
- MARIUCCI L. (1985), *Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale: i termini del problema e le possibili prospettive*, in *PD*, 407 ss.
- MARIUCCI L. (2011a), *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 239 ss.
- MARIUCCI L. (2011b), *L'articolo 8? Copiato dai cinesi* (testo disponibile al sito: <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1416>).
- MASTINU E.M. (2011), *La regolamentazione contrattuale del conflitto sindacale. Vecchi problemi e nuove tendenze*. Relazione al seminario su *Il lavoro e la sfida della produttività nell'economia globale* (Roma, 22 settembre 2011).

- MAZZOTTA O. (2012), *La contrattazione in deroga*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 331 ss.
- MISCIONE M. (2011), *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *LG*, 653 ss.
- MONACO M.P. (2003), *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, Giuffrè.
- MORTATI C. (1962), *Costituzione. I. Costituzione dello stato: b) Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 139 ss.
- NAPOLI M. (1999), *Sindacato*, in *Digesto*, vol. XI, Torino, Utet, 509 ss.
- NATULLO G. (2010), *Le rappresentanze sindacali aziendali: ieri, oggi; ... e domani?*, in *DLM*, 769 ss.
- NOGLER L. (1994), *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto aziendale*, in *RIDL*, II, 61 ss.
- NOGLER L. (2012a), *Crescita economica e riforma del lavoro* (testo disponibile al sito: http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1686&Itemid=66).
- NOGLER L. (2012b), *Ripensare il diritto di sciopero?*, in *DLRI*, 315 ss.
- OCCHINO A. (2012), *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, in AA.Vv., *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Milano, Vita e Pensiero, 61 ss.
- ORLANDINI G. (2011), *La CGIL firma l'accordo del 28 giugno. Cosa cambia su rappresentanza e efficacia dei contratti*, in *Diritti & lavoro flash*.
- PASSALACQUA P. (2005), *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, Giappichelli.
- PEDRAZZOLI M. (1990), *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 355 ss. (parte I) e 549 ss. (parte II).
- PERA G. (1960), *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli.
- PERA G., PAPALEONI M. (2003), *Diritto del lavoro*, Padova, Cedam.
- PERONE G. (2012), *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, *ADL*, 1 ss.
- PERULLI A. (2011), *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso Fiat*, in *LD*, 343 ss.
- PERULLI A., SPEZIALE V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 132/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/perulli_speziale_n132-2011it.pdf).
- PERSIANI M. (1999), *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in AA.Vv., *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, t. I., Bari, Cacucci, 797 ss.
- PERSIANI M. (2004), *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1 ss.
- PERSIANI M. (2011a), *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 1 ss.
- PERSIANI M. (2011b), *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 451 ss.

- PESSI R. (1984), *Ancora sui contratti di solidarietà (d.l. 21 febbraio 1984, n. 12)*, in *DL*, I, 28 ss.
- PESSI R. (2011), *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, I, 537 ss.
- PESSI R. (2012), *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità*, in *DRI*, 57 ss.
- PINTO V. (2011), *La cultura giuridica del lavoro di fronte alle nuove forme organizzative e alla dimensione transnazionale delle attività economiche*, in *SD*, n. 3, 148 ss.
- PINTO V. (2012), *Intervento all'Incontro di studio in memoria di Mario Giovanni Garofalo, su: Il contratto collettivo e la legge (Bari, 23-24 marzo 2012)*, dattiloscritto.
- PISANI C. (2012), *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *DRI*, 67 ss.
- PROIA G. (1994), *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, Giuffrè.
- PROIA G. (2002), *Il contratto collettivo fonte e le « funzioni » della contrattazione collettiva*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio organizzate dall'A.I.D.La.S.S. (Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), Milano, Giuffrè, 112 ss.
- PROIA G. (2011), *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in *MGL*, 206 ss.
- PROIA G. (2012), *Contributo su: Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsosa, 93 ss.
- PROSPERETTI G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, Franco Angeli.
- REGALIA I. (2011), *Riflettendo sul futuro delle relazioni industriali in epoca di globalizzazione*, in *QRS*, n. 1, 33 ss.
- RICCI M. (1999), *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, Cacucci.
- RICCI M. (2012), *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 43 ss.
- ROMAGNOLI U. (1963), *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, Giuffrè.
- ROMAGNOLI U. (2011a), *L'ambiguo compromesso del 28 giugno* (testo disponibile al sito: <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1386>).
- ROMAGNOLI U. (2011b), *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro* (testo disponibile al sito: <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org/Documenti/Dalla%20cancellazione%20dell'art.8%20alla%20ricostruzione%20del%20diritto%20del%20lavoro.pdf>).
- ROMEI R. (2011a), *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica. Rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 181 ss.
- ROMEI R. (2011b), *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto* (testo disponibile al sito: http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1473&Itemid=67).
- ROMEI R. (2012), *Ripensare il diritto di sciopero?*, in *DLRI*, 331 ss.
- ROMEO C. (2011), *Luci e ombre sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *LG*, 879 ss.

- RUSCIANO M. (2003), *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, Utet.
- RUSCIANO M. (2008), *Le difficili metamorfosi del contratto collettivo*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. II, Bari, Cacucci, 1061 ss.
- RUSCIANO M. (2009), Contributo, in SANTORO-PASSARELLI G., a cura di, *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Napoli, Jovene, 85 ss.
- RUSCIANO M. (2011), *L'articolo 8 è contro la Costituzione* (testo disponibile al sito: <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1389>).
- SANTONI F. (2010), *La libertà e il diritto di sciopero*, in CARINCI F. - PERSIANI M. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Conflitto, concertazione e partecipazione*, vol. III (a cura di Lunardon F.), Padova, Cedam, 3 ss.
- SANTONI F. (2012), Contributo su: *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 105 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (1976), *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in *RTDPC*, 170 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (1996), *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali dopo il referendum*, in MARESCA A., SANTORO PASSARELLI G., ZOPPOLI L., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quaderni di ADL*, n. 1. Padova, Cedam, 1 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2010), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, I, 487 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2012), Contributo su: *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 155 ss.
- SCARPELLI F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, Giuffrè.
- SCARPELLI F. (2011), *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 127/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/scarpelli_n127-2011it.pdf).
- SCARPONI S. (2011a), *Un'arancia meccanica: l'accordo separato alla Fiat-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive*, in *LD*, 301 ss.
- SCARPONI S. (2011b), *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping?*, in *LD*, 119 ss.
- SCIARRA S. (2009), *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 73/2009 (testo disponibile al sito: http://ec.europa.eu/education/jean-monnet/doc/future/sciarra_en.pdf).
- SCIARRA S. (2011), *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in *DLRI*, 345 ss.
- SCOGNAMIGLIO R. (2011), *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, 487 ss.
- SENATORI I. (2011), *Il sonno della ragione genera mostri. Note minime per un approccio pragmatico alla destrutturazione del diritto del lavoro*, in *QFMB Saggi*, n. 2.

- SIOTTO F. (2011), *Il terzo comma dell'art. 39 della Costituzione. La democrazia sindacale possibile (testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it/seminari/archivio/2011/sciotto>)*.
- TIRABOSCHI M. (2012), *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavoratori" di Marco Biagi*, in *DRI*, 78 ss.
- TOSI P. (1985), *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *PD*, 363 ss.
- TOSI P. (2011a), *Uno sguardo d'insieme*. Contributo su: *La ricaduta dell'accordo sul diritto sindacale*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa, 19 ss.
- TOSI P. (2011b), *Lo statuto dei lavoratori (40 anni dopo) tra garantismo e competitività*, in *RIDL*, I, 17 ss.
- TOSI P. (2012), Contributo su: *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 125 ss.
- TREMOLADA M. (2012), Contributo su: *La contrattazione in deroga*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 353 ss.
- TREU T. (1968), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (a proposito di un recente libro)*, in *RTDPC*, 1626 ss.
- TREU T. (2011a), *Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *QRS*, n. 1, 51 ss.
- TREU T. (2011b), *Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, in *DRI*, 613 ss.
- TRIGILIA C. (2011), *Fiat e Mezzogiorno. La difficile difesa del lavoro nella globalizzazione*, in *DLRI*, 113 ss.
- VALLEBONA A. (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *DLRI*, 381 ss.
- VALLEBONA A. (2012), Contributo su: *La contrattazione in deroga*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 341 ss.
- VENEZIANI B. (1992), *Stato e autonomia collettiva*, Bari, Cacucci.
- VIDIRI G. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *RIDL*, I, 109 ss.
- VOZA R. (2004), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, Cacucci.
- VOZA R. (2012), Intervento all'Incontro di studio in memoria di Mario Giovanni Garofalo, su: *Il contratto collettivo e la legge* (Bari, 23-24 marzo 2012), dattiloscritto.
- ZAN S. (2011), *Segnali di novità nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali in Italia*, in *QRS*, n. 4, 47 ss.
- ZOLI C. (1992), *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, Cedam.
- ZOLI C. (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio organizzate dall'A.I.D.La.S.S. (Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), Milano, Giuffrè, 303 ss.

- ZOLI C. (2012), Contributo su: *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in CARINCI F., a cura di, *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 137 ss.
- ZOPPOLI A. (2006), *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, Jovene.
- ZOPPOLI A. (2011a), *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 131/2011 (testo disponibile al sito: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/zoppoli_n131-2011it.pdf).
- ZOPPOLI A. (2011b), Contributo su: *La ricaduta dell'accordo sul diritto del lavoro individuale. Clausole di responsabilità e clausole integrative*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa, 244 ss.
- ZOPPOLI L. (2011a), *Contrattazione collettiva e unità d'Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 130/2011 (testo disponibile al sito: http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DAntona/WP%20CSDLE%20M%20DAntona-IT/20111021-094213_zoppoli_n130-2011itpdf.pdf).
- ZOPPOLI L. (2011b), *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta* (testo disponibile al sito: (<http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1438>)).

DISCUSSANT

GIANCARLO PERONE

Quando il professor De Luca Tamajo mi ha cortesemente comunicato il titolo del nostro congresso insieme con l'invito a svolgere l'intervento che adesso mi accingo a svolgere, ho inteso questo titolo come un invito a volare alto, a guardare dall'alto, non dirò le macerie, ma le grandi lesioni palesi nella costruzione del nostro diritto del lavoro: un invito a guardarle da un angolo visuale elevato, piuttosto che rovistare tra i mattoni caduti alla loro ombra. Ho ritenuto tale genere di invito stringente, e il presidente nella sua introduzione me l'ha confermato indirettamente, però chiaramente.

Ai tempi della crisi, come ai tempi del colera, per quel che ci dicono grandi scrittori, pensieri e atti dei singoli e anche delle loro aggregazioni — credo che possiamo aggiungerlo — sembrano, e forse sono, diversi. Trascinati dall'urgenza di venir fuori dalla peste, devono acquistare altro rilievo e altra consistenza rispetto alla quotidianità un po' sbiadita cui si è avvezzi. Certo, l'affermazione va precisata, perché non è confacente nella stessa maniera al colera e alla crisi economica che attraversiamo.

Per seguire personaggi letterari che possono incarnare una tale straordinaria contingenza, ricordo che c'è chi, come il dottor Juvenal Urbino, nel romanzo di Gábrriel Gárcia Marquez, dopo la scoperta che la vita nella sua terra d'origine, idealizzata durante la lontananza a Parigi, era un'illusione della memoria, si è indirizzato a promuovere concrete e decise iniziative rivolte ad ammodernare e a bonificare quella realtà idealizzata, così mettendo a frutto quanto appreso da studi all'estero e forte di un intenso rapporto coniugale. Un rapporto fondato però sull'amore quanto sulla comodità, senza comunque che la condotta pubblica inducesse il personaggio a sacrificare la propria autonomia.

Oltre al dottor Juvenal Urbino, c'è chi, come Florentino Arisa, nello stesso romanzo, si consuma in un innamoramento accanito e senza fine, idealizzando il suo amore con l'alchimia della poesia, e da quella idealizzazione non intende assolutamente prescindere. Sul suo vagheggiamento fluisce il tempo della peste, della quale avverte solo marginalmente la presenza. Il personaggio è affascinante nella sua incrollabile determinazione e nella plasticità delle contorsioni cui la vita lo costringe per continuare a tenere fede.

Meno affascinante è un altro personaggio che il titolo del nostro incontro evoca e che ha comunque un modo originale per fare i conti con la peste: il don Ferrante manzoniano, al quale però non basta, per sottrarsi alle esiziali conseguenze del morbo, la rassicurante conclusione che la peste non esiste perché non è riconducibile ad alcuna delle caselle del suo prontuario ideologico.

Mi sono sorpreso a pensare che la galleria dei personaggi evocata si può prestare a impersonare gli atteggiamenti della dottrina giuslavoristica, e più generalmente di osservatori anche estranei all'ambiente accademico, di fronte alla crisi che ci affligge, e specialmente gli atteggiamenti nei confronti del sindacato, colto nel guado della crisi.

Da un lato, abbiamo il riformismo, deciso, su basi di partenza che, come il rapporto coniugale del dottor Juvenal Urbino, risultano fondate su una mescolanza, la cui formula non è sempre chiaramente comprensibile, di amore per i risultati da perseguire e di comodità. C'è poi l'idealizzazione poetica di Florentino Arisa, la riduzione della realtà osservata da un esclusivo angolo visuale, quello del suo accanito amore giovanile serbato in modo ossessivo, senza però esimersi dal frequentare un altro e particolare versante della realtà, quello economico, non avaro di immediate soddisfazioni. E c'è il rifugio nell'empireo degli apriorismi ideologici, alla cui stregua negare la realtà, come fa don Ferrante. Poiché scienza del diritto e politica del diritto, oggi più che mai, nel nostro campo vanno a braccetto e si scambiano di ruolo, la galleria può valere a rappresentare gli atteggiamenti, oltre che degli interpreti, anche dei facitori delle norme giuslavoristiche e di coloro che facitori vorrebbero e si immaginano di essere.

Si comprende allora come la crisi assegni nuova consistenza e particolare risalto anche a norme, non solo auspiccate, ma — non penso di apparire nei loro confronti irraguardoso — addirittura

riesumate o risvegliate dal coma profondo nel quale la stragrande maggioranza degli studiosi e degli operatori aveva lasciato che vegetassero. Ovviamente, il riferimento è all'art. 39, commi secondo, terzo e quarto. Lasciatemi dire che sono lieto, particolarmente lieto, che dopo decenni, in un'occasione tanto significativa quale è il congresso nazionale dell'A.I.D.La.S.S., alle disposizioni dettate dalla Costituzione dall'art. 39, commi secondo terzo e quarto, oltre che a quella di cui al primo comma, una relazione riservi spazio da protagonista. Non ci ero abituato e non posso che rallegrarmi dell'attenta e puntigliosa disamina dal professor Leccese compiuta circa le ricadute in termini di costituzionalità delle quali la norma così a lungo negletta è suscettibile in relazione a controversie e novità della legislazione sindacale odierna.

Non può che essere lieto chi, come me, dopo l'infatuazione giovanile — che non nascondo — per le posizioni negazionistiche che, quando ero giovane, andavano per la maggiore, ha avuto un ripensamento circa la vitalità di questa bistrattata norma; e insieme con pochissimi altri — ricordo il compianto professor Dell'Olio — è stato indotto a riflettere sulla praticabilità della soluzione, che nella norma era prospettata, dal confronto con, ed alla conseguente preoccupazione per, opinabili, molto opinabili proposte di riforma legislativa incentrate sul privilegio a favore del sindacato maggiormente rappresentativo, destinate a canonizzare quello che allora appariva il trionfo dell'assetto storicamente raggiunto dal sistema di relazioni industriali. Ma, professor Leccese, anche allora, senza troppa attenzione per la salvaguardia dei principi di libertà sindacale. L'art. 39, ricordo, era percepito non altrimenti che come un relitto che ostruisse il canale per il quale dovessero transitare quelle riforme legislative che nel "maggioritarismo" affogavano invece il proporzionalismo e la libertà sindacale, dalla quale il proporzionalismo scaturisce e che ne è garanzia, trattandosi di elementi complessivamente imprescindibili nel disegno costituzionale.

Il relitto doveva essere rimosso e, se non ci si riusciva perché era troppo pesante, aggirato. A questo scopo si sono meritoriamente dedicati gli *escamotage* di volta in volta elaborati da dottrina e giurisprudenza per avvalorare leggi certamente diverse dall'art. 8, disposizione sulla quale la relazione Leccese — opportunamente, visto che dobbiamo occuparsi dell'oggi — concentra l'attenzione. Però, senza trascurare, e non lo trascura, di mettere

in evidenza opportunamente la fragilità di *escamotage* di oggi e di allora, perché *escamotage* erano e sono.

Lo scrutinio di legittimità istituzionale nel quale la relazione si è impegnata è ampio e diligentissimo, e mi guardo bene dal tentare di ripercorrerne il tracciato. Non credo che spetti al *discussant* farlo. Lascio alla discussione, la discussione vera, quella che sarà svolta successivamente, riprendere i numerosi spunti offerti dalla relazione, per approfondire le varietà di opinioni che intorno a questi temi già non si è mancato di manifestare. Qui vorrei però esprimere un paio di considerazioni di ordine generale, frutto dell'ascolto di ciò che avevo avuto il privilegio di leggere in precedenza e che mi ha più particolarmente colpito.

La reminiscenza dell'art. 39 Cost. obbedisce, nella relazione come pure in altri scritti pubblicati di questi tempi, a una logica che non appaga chi, da questo ritorno di fiamma — graditissimo, ripeto, sorprendente e graditissimo, visto l'oscurantismo negazionista che aveva circondato la norma costituzionale, che sembrava fatta da costituenti inetti e un po' babbioni — si sarebbe atteso un segnale in direzione di possibili vie di uscita dall'odierno *impasse* del sistema di relazioni sindacali.

Questa è la mia preoccupazione: l'art. 39 ci dà un segnale di uscita dall'impasse attuale? La luce nella quale il meccanismo costituzionale è visto e la funzione che gli viene assegnata, però, mi sembra che rimandino, piuttosto che alla costruzione di nuovi equilibri del sistema di relazioni sindacali meno critici di quelli attuali, invece, a un mero ruolo di sbarramento. Ruolo che, nei confronti di leggi delle quali si postuli la contrarietà con il dettato costituzionale, certamente possono pienamente adempiere anche norme programmatiche poste su un binario morto da più di mezzo secolo.

Nessuno può mettere in dubbio la correttezza dell'impostazione, ma non si tratta di un problema di correttezza. Forse la mia è un'attesa eccessiva, ma pensavo che non fosse azzardato fantasticare che il risveglio dal lungo torpore preludesse a qualcosa di diverso dalla trasformazione del relitto, che ingombrava il passo a desiderate innovazioni nella legislazione sindacale, in un baluardo eretto contro altre indesiderate iniziative del legislatore.

Prima di tessere, con pur apprezzabile fervore esegetico, la rete dove avviluppare queste recenti iniziative perché contrastanti con quel relitto-baluardo, varrebbe la pena di interrogarsi ancora

una volta sul significato che esso oggi, ai tempi della crisi, possa rappresentare per il diritto del lavoro contemporaneo. Il diritto del lavoro, appunto, ai tempi della crisi, è il diritto che sappia e voglia concorrere a uscirne fuori.

In tempi di crisi di varia natura — e non vedo perché non anche al tempo dell'attuale crisi economica —, secondo gli autori che hanno scritto su questi travagliati momenti, i contorni dei fenomeni debbono farsi più netti, in relazione a ciò che il contesto reclama, ma anche agevola. E così debbono presentarsi i problemi, almeno se a fare con essi i conti siano personaggi che non inclinino a svianti idealizzazioni della realtà dove i fenomeni si inscrivono.

Oltre gli interrogativi posti intorno alla compatibilità di interventi legislativi con una norma costituzionale che per tanto tempo, e con tanto sereno compiacimento di studiosi, politici e operatori sociali, era rimasta lettera morta, perlomeno per quanto riguarda i commi secondo, terzo e quarto, c'è un altro pregiudiziale interrogativo. Il contesto che ha surrogato per tutto questo tempo l'inattuazione dell'art. 39, quale grado di vitalità è ancora in grado di garantire? E quale assetto politico e sociale retrostante è disposto a controassicurare il contesto sindacale suddetto? Dobbiamo, infatti, acquisire un'idea che non sempre circola nel nostro ambiente, ed è quella che alcuni dei più accorti osservatori della realtà del nostro Paese oggi hanno messo in luce.

Quelli che ci sembrano i protagonisti della realtà economica, sociale, politica, in realtà dipendono da altre realtà, risentono di un margine ristretto di movimento che gli è consegnato da entità a loro esterne. Quindi, non solo dobbiamo domandarci quale sia la potenziale vitalità del sistema che ha surrogato l'attuazione dell'art. 39, ma dobbiamo domandarci quali disponibilità restino a coloro che hanno politicamente, socialmente, economicamente consentito di offrire quella garanzia.

Se c'è una valutazione sulla quale si è formato un ampio, direi universale, consenso, è quella che misura la vitalità del quadro sindacale attuale sull'intensità della prassi e della convinzione unitaria di quelle che si suole chiamare le grandi confederazioni storiche. Come bene ha sottolineato il professor De Luca Tamajo, tra gli interrogativi identitari la risposta ai quali si rende oggi ineludibile e ai quali siamo chiamati anche qui a rispondere, si pone la necessità di esplorare le potenzialità accreditabili al recupero dell'unità sindacale. Il carattere pregiudiziale della risposta è confer-

mato anche dalla prospettiva alla luce della quale la relazione Leccese ha avviato la disamina dei dubbi di incostituzionalità da lui declinati. Ma allora mi chiedo se sia sufficiente ubicare nel palazzo della Consulta il tavolino a tre gambe dove evocare la cara estinta, la stagione sindacale trascorsa.

Un quarto di secolo ci separa dal momento in cui poteva già porsi l'eccezione ora sollevata sull'art. 19 Statuto lavoratori, come è risultante dal *referendum* parzialmente abrogativo della norma, e resto perplesso non tanto sul merito delle questioni giuridiche sollevate, ma sui motivi per i quali solo oggi, dopo tanto tempo, si sia pensato di sollevarla.

Ci sarebbero delle considerazioni finali marginali, ma il tempo stringe. Voglio solo dire che, tra le osservazioni molto sintetiche, però molto ficcanti, del prof. De Luca Tamajo, vorrei raccogliergliene una che peraltro era pure presente nel testo che ho letto e che il professor Leccese ora non ha avuto modo, per ragioni di economia della sua relazione, di esporre, ed è quella che riguarda il profilo comparatistico. Il relatore ricordava come fosse tentato di dedicarvisi ma poi, per comprensibili ragioni di sintesi non è stato in grado di farlo. Però, nulla esclude che nella discussione ci si impegni sul tema, perché sarebbe molto provinciale che, nel momento in cui siamo dentro una crisi, che neppure è europea ma è mondiale, continuiamo a occuparci dei suoi riflessi giuslavoristici come se il diritto del lavoro non avesse ormai una dilatazione ben oltre i confini nazionali. Ce l'aveva detto, tra gli altri, D'Antona tanto tempo fa quanto fosse importante un simile angolo visuale. Oggi, stiamo riprendendo queste vecchie impostazioni magari rovesciandole, perché la crisi di capovolge e ripropone gli stessi temi. E al tempo del colera, il dott. Juvenal Urbino curava il colera in Colombia mettendo a frutto la lezione appresa in Francia.

MARIO RUSCIANO

Ringrazio anzitutto il Presidente De Luca Tamajo, e tutto il Consiglio Direttivo dell'A.I.D.La.S.S., per l'invito a fare da *discussant* in questo Congresso Nazionale della nostra Associazione. Ringrazio anche Oronzo Mazzotta, che ci ospita nella bella città di Pisa e come sempre lo fa con grande stile, pur in presenza di oneri organizzativi non lievi.

SOMMARIO: 1. Diritto sindacale: il senso di un ossimoro. — 2. Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost. — 3. I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto. — 4. L'apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l'influenza di questa sullo statuto dei lavoratori. — 5. Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro. Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato. — 6. Gli interventi asistematici del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d.l. n. 138/2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro. — 7. La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale. — 8. I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4). La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una "legge leggera" di attuazione dell'art. 39 Cost.

1. *Diritto sindacale: il senso di un ossimoro.*

Vengo ad alcune osservazioni sulla relazione di Vito Leccese, che trovo completa e dettagliata nell'analisi dei problemi più spinosi del diritto sindacale in questa turbolenta fase storica. La relazione risponde pienamente all'intento scientifico, oltre che al titolo, del nostro Convegno.

Dalla relazione di Leccese cercherò di trarre alcuni spunti, ma cercherò anche di ampliare il discorso facendo qualche considerazione di fondo sul complicato quadro evolutivo del diritto sin-

dacale italiano. In molti, infatti, si chiedono dove stia andando questo sistema giuridico dai tratti così singolari e così complessi — che la crisi economica e produttiva ha ridotto, e continua a mantenere, sotto *stress* — ma in pochi si chiedono da dove esso venga e come abbia vissuto nell'ultimo mezzo secolo. In pratica, non pare ci si renda conto che molti dei problemi attuali affondano le loro radici nella nostra storia politico-istituzionale e possono trovare soluzione, oggi, solamente attraverso misure convergenti, del legislatore e delle parti sociali, che siano largamente innovative senza però rinnegare i pregi dell'esperienza giuridica del passato, grazie alla quale si è creata una filosofia del diritto sindacale e del diritto del lavoro in generale.

Volendo fare di una semplice intuizione un metodo di osservazione del sistema sindacale, comincerei con una battuta, apparentemente banale, che però, a mio modo di vedere, non solo offre una prospettiva di analisi, ma indica pure una possibile linea di politica del diritto. Se per “diritto” s'intende il solo “ordinamento statale”, logicamente, la formula “diritto sindacale” racchiude un ossimoro. Infatti, se il diritto si riduce a comando dello Stato per fare ordine tra i consociati, e se il sindacato, al contrario, per principio non tollera alcun ordine che lo Stato voglia ad esso imporre, tanto da rifiutarne qualsiasi intervento regolativo, allora senza dubbio la formula contiene una contraddizione in termini.

Codesta contraddizione si palesa in modo particolare proprio nei periodi di crisi acuta (come appunto quello in cui ci troviamo a vivere) e può essere composta soltanto se il legislatore, anziché imporre comandi eteronomi, sceglie una linea morbida di intervento: come, ad esempio, l'assunzione nell'ordinamento dello Stato di regole autonome prodotte nell'ordinamento sindacale.

E invece la crisi, che è crisi economico-finanziaria, crisi produttiva e organizzativa dell'impresa, crisi politica e crisi di valori — associata ai grandi cambiamenti della società, indotti dalla globalizzazione e dalla rivoluzione tecnologica — nel provocare aspra conflittualità sociale, frammentazione degli interessi collettivi e disorientamento dei lavoratori, mette in crisi pure i tradizionali modelli di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, costruiti tutti sulla storica e indiscussa rappresentatività delle grandi Confederazioni del lavoro, e offre al legislatore l'alibi per adottare regole eteronome di dubbia legittimità costituzionale,

sebbene in apparenza — ma solo in apparenza! — ispirate all'idea di ampliare gli spazi dell'azione sindacale.

Il legislatore, in altri termini, tenta di ricacciare il sindacato in un ruolo circoscritto di rappresentanza degli interessi, censurando il ruolo in senso lato “politico” tradizionalmente svolto dalle forze sociali.

Il che dimostra quanto difficile sia legiferare in materia sindacale e quanto necessario sia, dovendolo fare, ispirare le scelte legislative a grande prudenza e cautela. Perciò suscitano meraviglia quanti si meravigliano se, parlando di crisi del diritto sindacale, aumenta il rischio, mi si passi l'espressione, di “buttarla in politica” (sempre in senso lato). Come se non si sapesse quanto arduo sia, in democrazia, stabilire un confine rigido tra sindacato e politica e quanto, nel contesto post-costituzionale, il sindacalismo italiano, benché con alterne vicende, sia stato strumento anche dell'equilibrio politico di un giovane Stato democratico: in linea del resto con lo spirito della Costituzione in tema di autonomie e pluralismo delle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

2. *Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost.*

Proprio per questo, è bene ricordare che fin dal dopoguerra il sindacato democratico, per la sua origine e la sua natura costituzionale, diffida di normative eteronome — che per esso sono vere picconate — e a malapena riesce a rispettare le regole che autonomamente si è dato.

Ciò si spiega con la storia, neanche tanto lunga, del sindacato italiano. Mi limito a ricordare sommariamente che il movimento dei lavoratori — sorto dalla spontanea (e, se si vuole, talora anche selvaggia) aggregazione e difesa degli interessi collettivi nell'ambito di quella che all'epoca si definiva “classe proletaria” — ha dovuto subire dallo Stato, prima, i divieti del diritto penale e, poi, a distanza di qualche decennio (definito periodo della tolleranza, con stazionamento nel diritto dei privati), addirittura l'integrazione nella struttura statale, secondo la logica pubblicistica del diritto corporativo: che, non a caso, ha fornito la prima veste formale compatta al sindacato italiano ed alla contrattazione collettiva.

Ma attenzione: non mediante una disciplina rispettosa del fenomeno sindacale quale spontaneo moto collettivo che proviene

dal basso, con punte di esasperazione dei lavoratori sfruttati (dell'agricoltura e/o dei primi insediamenti industriali), bensì con una disciplina calata dall'alto per mettere in riga le categorie professionali ed affermare la rappresentanza legale dei c.d. sindacati corporativi, uno per ciascuna categoria, rispettivamente, di lavoratori e di imprenditori — non contrapposti, ma collaborativi — i cui interessi si muovono nel diritto pubblico, in quanto subordinati al superiore interesse generale dell'economia nazionale, incarnato nello Stato corporativo.

Coerente completamento di un siffatto disegno, come si ricorderà, è il divieto penale di ogni forma di conflitto sociale (da redimere innanzi alla speciale Magistratura del lavoro) e la *funzione paralegislativa dei contratti collettivi*, che assurgono a fonti del diritto oggettivo. In sostanza, il legislatore corporativo si appropria del logo, diciamo così, del sindacato; e, snaturandone l'essenza, ne strumentalizza la funzione di produttore delle regole sul lavoro, da vicario del legislatore.

È la Costituzione del 1948 a valorizzare l'originalità e l'autenticità del fenomeno sindacale, sancendone l'autonomia. Soprattutto, lo fa costituzionalizzando la doppia natura (di "movimento" e di "istituzione") del sindacato come rappresentanza degli interessi organizzati. Vale a dire preoccupandosi, da un lato, di garantire la più ampia libertà e pluralità di ogni tipo di organizzazione degli interessi (art. 39, 1° comma), presidiata dal diritto al conflitto (art. 40); e, da un altro lato, di prevedere la intelaiatura di un modello istituzionale, nel quale campeggia la rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (purché democratici), investita del potere di stipulare contratti collettivi di categoria, aventi efficacia *erga omnes* (art. 39, 2°, 3° e 4° comma). Si riafferma così implicitamente, ma attraverso un itinerario assai diverso dal precedente, cioè quello liberal-democratico, la funzione paralegislativa dei contratti collettivi medesimi.

Il modello del Costituente è abbastanza chiaro, benché disegnato all'epoca un po' frettolosamente, quindi non privo di qualche ambiguità e magari per alcuni versi anche criticabile. Pur contrastando radicalmente il previgente modello fascista, repressivo delle libertà sindacali, questo modello finisce con l'utilizzare lo schema tecnico-giuridico della contrattazione collettiva, inventato dall'ordinamento corporativo (efficacia generale e inderogabilità *in peius* del contratto collettivo nazionale di categoria).

D'altronde, la realtà sindacale che in quel momento il Costituente ha sott'occhio è quella dell'appena soppresso *sindacato corporativo*, sostituito in tutto e per tutto dal *sindacato democratico*: che, dopo la resistenza al fascismo e tra le macerie del dopoguerra, sprigiona sia la carica politico-ideologica e rivendicativa, sia la ferma volontà di rimettere in piedi il sistema industriale.

In altri termini, il Costituente, nella confusa realtà politico-istituzionale della metà degli anni '40, fotografa la situazione sindacale così com'è, tentando di combinare la funzione contrattuale sancita nell'ordinamento corporativo con l'esistenza del *tipo* di organizzazione sindacale democratica della nuova fase storica: un'unica Confederazione Generale del Lavoro, nella quale si ritrovano assieme le componenti cattolica, socialcomunista e della sinistra non marxista. Una grande organizzazione che, appunto, ha combattuto contro il fascismo ed ha, per quanto possibile, custodito l'integrità delle fabbriche.

Una grande organizzazione, dunque, alla quale non può essere estranea la politica e, soprattutto, non è estranea l'ispirazione ideale che ne alimenta le spinte necessarie alla ricostruzione del paese. Politica e ideologia che però, di lì a pochi anni, determineranno gravi conflitti e divisioni endosindacali, tali da compromettere l'attuazione legislativa di un disegno costituzionale, che per la verità al sindacato, come ho già detto, non è mai piaciuto.

3. *I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto.*

Queste vicende non vanno dimenticate. Non solo e non tanto per semplice ossequio alla verità storica, ma soprattutto perché quella del sindacato, durante la guerra e negli anni successivi, è una storia importante, che ha inciso sensibilmente sugli assetti giuridici del nostro sistema sindacale, il quale — è risaputo — conserva una matrice di marca accentuatamente politico-ideologica: che è difficile — ma forse anche non utile, oltre che ingiusto! — estirpare.

Probabilmente a qualcuno questo discorso, che richiama fatti ormai antichi, potrà apparire polveroso ed inutile. Al contrario, io credo che soltanto seguendo l'evoluzione storica è possibile accelerare l'autentico spirito costituzionale del diritto sindacale italiano, che perdura pur nella mancata attuazione legislativa della norma

costituzionale: la quale, piaccia o non piaccia, tuttora vincola in modo ineludibile il legislatore ordinario. Come dire che con l'art. 39 deve fare i conti anche chi lo considera un reperto archeologico!

Quello che però si può fare è tentare una rilettura dell'art. 39 alla luce dell'esperienza sindacale accumulata nel tempo e verificarne il grado di compatibilità con i fattori di innovazione oggi preponderanti. Ma su questo ritornerò più avanti.

Qui comincio col ricordare l'esordio dell'art. 39: ove si afferma che "l'organizzazione sindacale è libera"; e subito dopo, con una formula tutta in negativo, una formula, diciamo così, stravagante per un testo costituzionale — e che si spiega con la *vis* polemica rispetto al legislatore precedente, che aveva fatto molto di più che imporre limitazioni solo formali — aggiunge che "ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione ..., secondo le norme di legge". Il Costituente prescrive che i liberi sindacati abbiano sì, ove lo vogliano, il riconoscimento della personalità giuridica, ma lo abbiano mediante un semplice onere di registrazione, per così dire "notarile" (presso uffici locali o centrali), vale a dire senza alcuna ingerenza del potere pubblico nell'ordinamento interno delle associazioni, eccezion fatta per la verifica della democraticità dello statuto associativo: una sorta di "presa d'atto", rispondente peraltro ad una esigenza elementare ed ovvia nella Costituzione di uno Stato democratico.

I punti fermi posti dal Costituente sono chiari e si possono così schematizzare: (1) un sindacalismo assolutamente libero e plurale; (2) associazioni che "possono" (non "devono") registrarsi per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica (evidentemente di diritto privato), se lo vogliono e se nascono e vivono democraticamente, cioè se si autoregolano con uno statuto che preveda partecipazione attiva degli iscritti e normale dialettica interna tra maggioranza e minoranza; (3) costituzione di un agente negoziale — la *rappresentanza unitaria dei sindacati registrati* — abilitato a stipulare contratti collettivi di categoria con effetti paralegislativi (generalità ed inderogabilità).

Non è certo il caso di trattarsi adesso analiticamente su ciascuno di questi punti, sommersi in quasi settant'anni da fiumi d'inchiostro e su cui sarà comunque necessario ritornare più avanti. È importante però sottolineare che, dal dettato costituzionale, si ricavano alcuni vincoli, collegati ai punti appena ricordati, che caratterizzano anche un sistema sindacale non regolato dalla

legge di attuazione del dettato medesimo: la quale, come tutti sanno, non viene emanata per varie ragioni, soprattutto di carattere politico (in particolare: rottura dell'unità sindacale e scissioni dei primi anni '50, originate anche da un esasperato collateralismo tra sindacati e partiti).

Codesta inadempienza costituzionale del legislatore ordinario fa sì che il medesimo sistema, di fatto, si autoregoli (e si parla infatti di “sovranità dell'autonomia collettiva”), aiutato non soltanto dalla dottrina giusprivatistica e da quella delle relazioni industriali — che dominano, rispettivamente, nei decenni '50 e '60 — ma anche dalla giurisprudenza (costituzionale e ordinaria, compresa quella di legittimità) e persino dal legislatore. Questi, pur senza attuare i commi dell'art. 39 successivi al primo, emana di tanto in tanto leggi di promozione e sostegno dell'autonomia collettiva, nella sua spontanea configurazione ed evoluzione. Si pensi alla c.d. legge *erga omnes* o legge Vigorelli: la n. 741/1959. Oppure allo stesso Statuto dei lavoratori, la l. n. 300/1970: che, con taglio totalmente diverso, regola i rapporti sindacali in un circuito virtuoso con la libertà e la dignità dei singoli, nei luoghi di lavoro.

Del resto, a ben vedere, tutto il sistema previsto dall'art. 39 è imperniato sul sostegno dell'autonomia sindacale — quale strumento privilegiato di regolazione dei rapporti di lavoro, in parallelo con la legislazione — attraverso l'esplicito riconoscimento costituzionale del contratto collettivo *erga omnes* come fonte del diritto oggettivo: fonte radicata in un ordinamento diverso dall'ordinamento dello Stato, ma che anche in quest'ultimo produce i suoi effetti. Ciò che da tempo viene sostenuto anche dalla dottrina costituzionalistica, secondo la quale il contratto collettivo (persino quello qualificato, impropriamente, “*di diritto comune*”) può appunto considerarsi una fonte *extra ordinem* del diritto oggettivo.

Non si deve assolutamente trascurare che, pur nel vuoto normativo, questi vincoli costituzionali sono stati, sempre e comunque, rispettati: bene o male, si potrebbe dire, cioè attraverso un singolare adattamento di taglio “politico-sindacale” dei requisiti giuridico-formali innanzi ricordati.

Scontato l'esercizio di una totale libertà di organizzazione e di azione sindacale (di cui al punto 1) — presupposto irrinunciabile, per ovvie ragioni, della costruzione di un autonomo sistema sindacale — al riconoscimento formale della personalità giuridica

(di cui al punto 2) si sopperisce con il riconoscimento politico della rappresentatività sindacale, alimentata dalla forza carismatica delle grandi Confederazioni sindacali (Cgil, Cisl, Uil), ciascuna con un proprio concetto di democrazia sindacale, comunque accettato dai loro iscritti e dalle controparti datoriali. E infine, in luogo della rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (di cui al punto 3), funziona una sorta di “agenzia contrattuale” ai vari livelli (confederale, di categoria, aziendale) sotto il grande manto dell’unità d’azione sindacale. Con la conseguenza di stipulare sempre un unico contratto collettivo, di categoria e/o aziendale: che, grazie ad intraprendenti interpretazioni giurisprudenziali via via consolidatesi, viene considerato applicabile a tutti i lavoratori, sindacalizzati e non sindacalizzati, con efficacia inderogabile (*in pejus*) ad opera dell’autonomia contrattuale individuale.

4. *L’apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l’influenza di questa sullo statuto dei lavoratori.*

È noto che questo sistema regge per lunghi anni abbastanza bene nella realtà dei rapporti sociali. Sul piano tecnico-giuridico si giova, in primo luogo, della vittoria dottrinale dei giusprivatisti sui giuspubblicisti nella lotta teorica e ideologica per acquisire alla propria area il diritto del lavoro e il diritto sindacale. A questo proposito andrebbero rilette — e dai più giovani finalmente lette! — le pagine di civilisti famosi: come, ad esempio, Francesco Santoro-Passarelli, Pietro Rescigno, Luigi Mengoni, Renato Scognamiglio sulla specialità del diritto del lavoro e sui tratti di questa specialità, segnata dalla Costituzione: molto imperniata, logicamente, sull’associazionismo sindacale, sulla contrattazione collettiva e su una visione positiva del conflitto come mezzo legale di riscatto delle classi subalterne (artt. 3 e 40 Cost.).

Ma il sistema regge, nella proiezione giuridica della pratica quotidiana dei rapporti di lavoro, grazie soprattutto alla giurisprudenza (compresa quella costituzionale), e grazie anche all’equilibrio e alle grandi intese tra le forze sociali: finché l’organizzazione sindacale rimane unitaria e compatta e fa contrattazioni c.d. “acquisitive”, con vantaggi innegabili per i lavoratori, tanto sul piano economico quanto sul piano normativo — è inutile dire: in periodi di espansione o, almeno, di tranquillità economica — non c’è alcuna ragione di contestarne l’efficienza, come si vedrà.

La giurisprudenza, dicevo, aiuta moltissimo questo processo — che, tra l'altro, ha il merito di assicurare abbastanza la pace sociale — inventandosi meccanismi interpretativi capaci di risolvere problemi tecnico-giuridici, che solo una legge sindacale di attuazione dell'art. 39 potrebbe risolvere. In particolare la supponenza dei giudici risolve, almeno in parte, due problemi, molto tecnici ma di grande rilievo sociale: l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale (art. 2077 c.c.) e l'efficacia generale del medesimo contratto collettivo (anzitutto mediante l'art. 36 Cost., ma anche mediante altri espedienti interpretativi).

Perciò, quando si parla del diritto sindacale italiano del dopoguerra, nel valorizzare le sentenze dei giudici e la contrattazione collettiva c.d. di diritto comune, le formule più ricorrenti sono “*formazione extralegislativa*” e “*diritto giurisprudenziale*”: espressioni che evocano la nascita, tra la fine dell'800 e i primi del '900, del diritto del lavoro costruito, in larga misura, sulla giurisprudenza dei probiviri. Tanto che, non a caso, queste vicende diventano altrettanti esempi di elasticità della modellistica giuridico-istituzionale in generale, cioè anche al di là del diritto del lavoro.

Come non ricordare, a questo proposito, la sistemazione teorica di Gino Giugni: che parte dalla sua acuta intuizione di concepire il sistema sindacale come un *ordinamento originario ed autonomo* rispetto all'ordinamento dello Stato; oppure le raffinate ricostruzioni di quella generazione di studiosi che, specie durante il decennio '60 e ancora dopo, sensibile all'evoluzione fattuale delle relazioni industriali, innova profondamente il metodo di studio del diritto sindacale — da Federico Mancini a Giorgio Ghezzi, da Umberto Romagnoli a Tiziano Treu — ed offre a Giovanni Tarello l'occasione di un memorabile studio filosofico-giuridico sulle teorie e sulle ideologie nel diritto sindacale.

Ma, ancor prima di questi aspetti teorici, sono i fatti economico-sociali dell'epoca a consentire al movimento sindacale un'espansione senza precedenti e in un clima di totale libertà. L'aspetto più significativo di questa espansione è la notevole *articolazione contrattuale*, vale a dire la *contrattazione aziendale* (e territoriale), agevolata dal mutamento delle tecniche organizzative della grande impresa industriale e dalle rivendicazioni dei lavoratori, tese ad integrare, in sede locale, le condizioni di scambio della

forza-lavoro stabilite nel contratto nazionale, il più delle volte migliorandone quantità e qualità.

L'evoluzione di questo processo raggiunge il suo punto più alto con la l. 20 maggio 1970, n. 300, lo statuto dei diritti dei lavoratori. Una legge che afferma la centralità del luogo di lavoro nella disciplina dei rapporti sia individuali sia sindacali e che disegna un felice equilibrio tra dinamiche sindacali di categoria e di azienda attraverso un asse ideale tra *maggior rappresentatività confederale, nazionale e di categoria* e *rappresentanza sindacale aziendale*, costituita ad iniziativa dei lavoratori per l'esercizio dei diritti sindacali, strumentali alla contrattazione ai vari livelli. Riesce il legislatore — non a caso attraverso la sapiente scrittura dello stesso Gino Giugni, Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro del lavoro Giacomo Brodolini — a legificare una mirabile sintesi tra *sindacato-movimento* e *sindacato-istituzione*.

Lo statuto dei lavoratori, come è noto, si può definire una “legge di sistema”: perché, dando ordine istituzionale allo svolgersi delle dinamiche sindacali nei luoghi di lavoro, pone le basi per una ricostruzione realistica dell'intero sistema sindacale, promuovendone la diffusione e sostenendone la naturale vocazione a porsi come “ordinamento autonomo”.

Ciò si coglie, in seguito, nella grande articolazione tipologica delle relazioni contrattuali: dai c.d. “contratti gestionali” in azienda ai contratti nazionali, dagli accordi interconfederali alle intese di concertazione tra associazioni datoriali, sindacati e governo.

5. *Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro. Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato.*

Il sistema comincia a mostrare i primi cedimenti strutturali con il cambiamento della situazione economica e, soprattutto, con il cambiamento dei modelli di organizzazione produttiva e di organizzazione del lavoro, dovuto principalmente alla c.d. rivoluzione tecnologica ed alla globalizzazione. Cambiamenti epocali della società, i cui fattori di crisi fanno saltare i precedenti assetti produttivi e, di conseguenza, pure le regole dell'autonomia sindacale per stabilire le condizioni dei lavoratori dipendenti (ma non

solo). Tali fattori non possono certo essere analizzati in questa sede, perché sono numerosi e complessi. Basti ricordare la polverizzazione e la precarietà del lavoro e la scomparsa progressiva della grande impresa industriale manifatturiera: in pratica, il venir meno della grande fabbrica, quale substrato materiale dei rapporti di lavoro e delle regole sindacali.

Sul piano giuridico poi un colpo mortale all'unità e compattezza del sistema contrattuale viene inferto dai referendum anti-sindacali del 1995, soprattutto da quello che devasta l'art. 19 dello statuto dei lavoratori sulla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali nei luoghi di lavoro. Infatti, la norma che ne risulta consente la costituzione di tali rappresentanze, con conseguente esercizio dei diritti sindacali, ai soli sindacati "firmatari di contratti collettivi" addirittura aziendali — consente cioè esattamente quel che la l. n. 300 intendeva assolutamente escludere — e comporta, con lo snaturamento della *ratio* dello statuto, il crollo delle fondamenta del sistema sindacale autonomo.

L'art. 19 post-referendum è palesemente incostituzionale (anche se la Corte non si è ancora pronunciata) per contrasto con il 1° comma dell'art. 39 Cost. sulla libertà sindacale. Infatti, condizionando l'esercizio dei diritti sindacali alla firma di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva (con tutta probabilità un contratto aziendale), costringerebbe un sindacato dissenziente (che potrebbe anche essere il sindacato maggioritario) a firmare comunque il contratto medesimo per godere dei diritti sindacali.

Sta di fatto che, entrato in crisi il sistema sindacale autonomo, cui inevitabilmente conseguono fratture endosindacali e contestazioni delle burocrazie sindacali da parte dei lavoratori — con abbassamento dell'indice di sindacalizzazione e aperta messa in discussione della rappresentatività dei sindacati confederali — il legislatore avrebbe dovuto farsi carico di un intervento volto a ridisegnare i tratti di un nuovo sistema, onde renderli compatibili — beninteso: senza ignorare il significato autentico, oltre che il peso storico, dell'autonomia collettiva — con l'essenziale nuova funzione del sindacato nell'ordinamento generale.

Al contrario il legislatore, in piena (ed ovvia) coerenza con l'estrazione politico-ideologica della sua maggioranza parlamentare, di certo poco incline a valorizzare il ruolo attivo e di grande rilievo che la Costituzione assegna all'organizzazione sindacale, preferisce approfittare della crisi economica, del declino indu-

striale, del disorientamento dei lavoratori e del disagio sociale per perseguire precisi obiettivi politici: rompere l'unità sindacale dividendo le diverse componenti del movimento sindacale e sbarazzarsi così del sindacalismo confederale ed unitario come sistema autosufficiente — non a caso additato quale fattore di conservazione e di degenerazioni di vario genere — ed emanare leggi sul mercato del lavoro, dalle quali emerge una concezione alterata del sindacato e della sua funzione.

Nel complesso, al sindacato si intende assegnare un ruolo subalterno o marginale: o lo si concepisce come “erogatore di servizi” o lo si investe dell'ingrato compito di togliere le castagne dal fuoco accettando di fare accordi c.d. ablativi per i lavoratori; comunque se ne invoca, a tal fine, un cambiamento di pelle, chiedendo ad esso di diventare, una volta per tutte, da “conflittuale”, “partecipativo”. E poiché è nella natura stessa del sindacato *lottare* allo scopo di *fare i contratti*, avere cioè sempre ambedue questi atteggiamenti, a seconda dei vari contesti e delle diverse situazioni ed esigenze, si deve ritenere che, in realtà, più che un sindacato partecipativo si voglia un sindacato accondiscendente.

La verità è che, nel vuoto legislativo in cui da mezzo secolo si trova il sindacato — vuoto del quale il sindacato medesimo in un primo periodo ha approfittato e si è giovato, ma che poi è diventato un vero e proprio *bumerang* — il legislatore dell'ultimo decennio fa passare per innovazione il tentativo di ricostruire il sindacato come *organismo geneticamente modificato*. Tenta cioè di introdurre nell'ordinamento una nuova figura organizzativa di rappresentanza degli interessi: attraverso lo snaturamento del sindacato, si tenta di dar vita ad un non meglio identificato “ente bilaterale” — una sorta di corporazione, in cui si ritrovano assieme rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori di una determinata categoria — al quale vengono affidate funzioni di rilevanza più o meno pubblica, specie in materia di seducente gestione del welfare.

Ma anche a prescindere da questi surrettizi tentativi di contaminazione della fisionomia del sindacato e della sua attività, ciò che è più grave è che le leggi sul lavoro dell'ultimo decennio si caratterizzano comunque per il loro carattere “a-sistematico” circa il ruolo del sindacato: tanto da indurre ormai a fare una distinzione tra “leggi sul lavoro” e “diritto del lavoro”. Quest'ultimo è un sistema che ha un suo fondamento logico ed un suo codice epi-

stemologico; quelle sono interventi tra loro slegati e disorganici, privi cioè di coerenza politica, oltre che di rigore tecnico-giuridico.

La distinzione è utile per capire le difficoltà sempre maggiori che incontra una *interpretazione* appunto *sistematica* delle norme: le quali, il più delle volte, risultano illeggibili e fuori del senso della totale unità ordinamentale. Insomma, nell'attuale legislazione del lavoro e sindacale, pare non esservi più traccia del diritto come sistema, che possiede una sua logica compatta e razionale.

6. *Gli interventi asistematici del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d.l. n. 138/2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro.*

Il punto più alto di questa irrazionalità disgregante è costituito dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011 (convertito in l. n. 148/2011), con il quale il Governo Berlusconi (Ministro del lavoro Sacconi) prima e il legislatore poi, approfittando della manovra finanziaria, hanno legittimato il contratto aziendale (o territoriale) ad apportare deroghe peggiorative a disposizioni inderogabili della legge e/o del contratto collettivo nazionale, volendo così dare — come dice, forse ironicamente, la rubrica della norma — “sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità”.

Molti ritengono che tale norma sia il frutto tipico della stagione delle divisioni sindacali e, di conseguenza, dei c.d. “contratti separati” — cioè non firmati unitariamente dai tre sindacati aderenti alle maggiori Confederazioni storiche del movimento sindacale italiano — sull'onda della vicenda Fiat. Una vicenda ormai molto nota per il suo carattere paradigmatico e dirompente, che qui converrà sintetizzare per grandi linee, onde farne emergere le maggiori aporie.

La grande casa automobilistica italiana, divenuta società multinazionale, ha condizionato i suoi massicci investimenti produttivi in Italia a totali e immediate innovazioni nel sistema delle relazioni industriali, ritenuto superato rispetto al capitalismo globalizzato e, come tale, incapace di agevolare gli sforzi aziendali di stare sul mercato mondiale dell'auto, dominato da una spietata competizione internazionale.

Disdettati tutti i precedenti accordi aziendali, la Fiat ha abbandonato la Confindustria ed ha creato una nuova società (la FIP, Fabbrica Italia Pomigliano), in modo da non essere più te-

nuta ad applicare il contratto nazionale dei metalmeccanici, ed ha messo i sindacati davanti ad una scelta semplice, precisa e non negoziabile: o accettare un contratto aziendale, contenente condizioni di lavoro collimanti con le esigenze organizzative e produttive dell'azienda — anche a costo di mettere in discussione diritti dei lavoratori considerati acquisiti e irrinunciabili — oppure vedere spostate le fabbriche all'estero (dove il costo del lavoro è basso, cioè in linea con la competizione globale), con conseguente annullamento degli investimenti e relativa soppressione di posti di lavoro.

Dei tre sindacati metalmeccanici aderenti alle tre maggiori Confederazioni, due (la Fim-Cisl e la Uilm) hanno accettato il *diktat* dell'azienda, mentre la Fiom-Cgil lo ha respinto, mantenendo il suo rifiuto anche dopo che un referendum tra i lavoratori ha approvato al 60% la proposta di accordo aziendale avanzata dalla Fiat.

Questa vicenda diventa paradigmatica perché infligge un *vulnus* molto grave sia al precedente sistema di relazioni industriali, sia alla *ratio* intrinseca del diritto del lavoro: in pratica, una grande azienda tenta di disegnarsi un diritto del lavoro a proprio uso e consumo. Come dire: non è l'impresa a dover rispettare il diritto del lavoro, ma è il diritto del lavoro a doversi piegare alle esigenze dell'impresa. È questa la vera flessibilità delle condizioni di scambio della forza-lavoro.

Un obiettivo del genere può essere raggiunto in tre mosse: 1) liberarsi del contratto nazionale; 2) fare leva sul solo contratto aziendale, mediante il quale apportare deroghe (anche peggiorative) alle norme legislative inderogabili (come prevede l'art. 8 citato); 3) stipulare il contratto aziendale con sindacati più o meno compiacenti, disposti ad accettare le condizioni unilateralmente dettate dall'azienda ed approfittare dei relativi vantaggi: visto che, grazie all'art. 19 della l. n. 300/1970 nella versione post-referendum, prima ricordata, la rappresentanza sindacale aziendale — titolare dei diritti sindacali — può essere costituita *soltanto* nell'ambito di sindacati firmatari del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ossia quello aziendale. Sindacati che, comunque, riescono persino ad ottenere la maggioranza dei consensi in un eventuale referendum su tali condizioni, indetto tra i lavoratori, intimiditi dalla minaccia dei licenziamenti avanzata dall'azienda.

Insomma, il combinato disposto tra l'art. 8 citato e l'art. 19 statuto, post-referendum, si traduce in una tenaglia micidiale per estirpare dall'azienda un sindacato politicamente scomodo e agevolare un sindacato di comodo, disposto a contrattare deroghe aziendali a diritti dei lavoratori derivanti da norme inderogabili della legge e del contratto nazionale.

Tutto sta a vedere se queste tre mosse — che, oggi come oggi, paiono compiute nel rispetto della legislazione vigente — siano compatibili con il quadro costituzionale: da un lato, infatti, i diritti dei lavoratori sono, per la maggior parte, costituzionalizzati e non c'è norma di legge o di contratto che possa disporne a piacimento; da un altro lato, come si vedrà fra breve, una rilettura dell'art. 39 Cost., alla luce dell'attuale realtà sindacale, non pare affatto consentire il percorso appena descritto.

7. *La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale.*

In effetti, di fronte ai cambiamenti attuali, che non sono congiunturali, ma strutturali ed epocali; di fronte all'incapacità del legislatore, per un verso, di coglierne le ripercussioni profonde sull'intera società e, per un altro verso, di stare dentro la logica costituzionale, si pone all'interprete il problema di ritornare, dopo mezzo secolo, a leggere nella sua interezza l'art. 39 della Costituzione e di reperire strumenti per fronteggiare la crisi del sistema sindacale, vero e proprio pilastro del diritto del lavoro italiano.

Con tale norma, infatti, bisogna comunque fare i conti: sia perché sta lì e non si può far finta che non esista; sia perché, nel groviglio di norme legislative e di accordi sindacali separati o contestati, essa costituisce comunque un punto di riferimento fermo ed ineludibile.

Non resta allora che tentare, dell'art. 39, una interpretazione storica: distinguendo, della formula normativa dei commi 2, 3 e 4, il "significante" dal "significato". Il significante è quello scolpito nella fissità del testo (risalente al 1948 e, dunque, innegabilmente datato), ma il significato può essere recuperato attraverso l'interpretazione evolutiva non soltanto delle parole, ma dello spirito costituzionale, che si alimenta e continuamente si rinnova mediante la c.d. costituzione materiale e si imprime nel diritto vivente, se-

condo le linee tracciate, non da ora, dalla stessa Corte costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, è sempre molto attenta a trattare la materia sindacale con la dovuta delicatezza, cercando di riconoscere e salvaguardare, per quanto possibile, l'autonomia collettiva. Di ciò è esempio lampante già la sentenza del 1962 (giustamente ricordata da Vito Leccese) sulla l. n. 741/1959, la c.d. legge Vigorelli, che ho prima già richiamato.

Dal punto di vista formale, se c'è una legge in odore di incostituzionalità, per contrasto con le disposizioni dei commi successivi al 1° dell'art. 39, è proprio la legge Vigorelli. Questa, delegando il Governo a trasfigurare, recependoli in decreti legislativi, i contratti collettivi di diritto comune per conferire ad essi efficacia *erga omnes*, senza dubbio prevede una procedura assolutamente diversa da quella dell'art. 39. Eppure la Corte costituzionale, facendo perno sia sul carattere transitorio della l. n. 741 (e infatti, con la stessa sentenza, si dichiara incostituzionale la legge di proroga n. 1027/1960), sia sull'esigenza di assicurare parità di trattamento a tutti i lavoratori di una certa categoria professionale, iscritti e non iscritti ai sindacati stipulanti, alla stregua dell'art. 3 Cost., nonché di garantire trattamenti economici e normativi in linea con l'art. 36 Cost., salva la l. n. 741 per il suo carattere di necessità sociale, valorizzando, in effetti, lo spirito del sistema costituzionale, provvisto di una esemplare compattezza.

Questo è il punto. Si tratta di stabilire se riconoscere un peso specifico allo spirito costituzionale — che vuol dire cogliere il senso profondo dell'art. 39 — oppure restare ancorati alla lettera del testo, inutile essendo recriminare sul fatto che magari, in un altro Paese, chissà da quanto tempo il Parlamento avrebbe provveduto, ovviamente con legge costituzionale, a modificare i commi dell'art. 39 successivi al primo, rendendoli più compatibili con l'evolversi della realtà sindacale.

È vero anche, peraltro, che l'inerzia del legislatore ha più di una ragione, tutt'altro che banale: a cominciare dalla ferma posizione delle maggiori organizzazioni sindacali, che nei primi anni '50 sono divise su tutto, tranne che sul non farsi disciplinare da regole eteronome e soprattutto sul non rivelare la propria consistenza numerica.

Esse si trincerano dietro la loro autonomia e le loro regole contrattuali: esaltando, dell'art. 39, il 1° comma e prescindendo

dai commi successivi al 1°. I quali però, pur se privi di diretta operatività dispositiva, finiscono col costituire, per le stesse organizzazioni, una sorta di utile baluardo contro eventuali iniziative legislative difformi dalle disposizioni in tali commi contenute: considerate però inattuabili, in quanto obsolete. In una parola, la posizione sindacale si può così riassumere: nessuna attuazione del 39, ma nessuna abrogazione.

Ed è appena il caso di ripetere qui quanto detto in precedenza (al § 3): che, in realtà, i tratti principali del 39 (dalla libertà sindacale alla contrattazione collettiva con funzione vicaria della legge) hanno caratterizzato anche il c.d. “sistema sindacale di fatto”. Un sistema che, magari inconsciamente e adattandone le prescrizioni, ne ha seguito lo schema essenziale contenuto nella norma.

8. *I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4). La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una “legge leggera” di attuazione dell'art. 39 Cost.*

Lo schema dell'art. 39 è formato da due segmenti. Il primo segmento si muove senza alcun dubbio nel diritto privato ed è costituito: dalla libera adesione del singolo lavoratore al sindacato; dalla rappresentanza volontaria del medesimo lavoratore da parte del sindacato; dai rapporti interni al sindacato. Tutto ciò è regolato dallo statuto associativo, che il Costituente esige “a base democratica”. È il segmento che, in pratica, fa perno sul sindacato-associazione e si muove nel diritto privato.

Con il secondo segmento, invece, il Costituente prevede che il sindacato contribuisca altresì a determinare le regole del lavoro per *tutti* i lavoratori (anche non sindacalizzati): se il sindacato, liberamente, sceglie la rappresentanza per così dire “universale” dei lavoratori, espone il profilo istituzionale della sua funzione (che prima ho definito “vicaria del legislatore”). Non cambia la natura privata della soggettività sindacale, ma la sua capacità e forza rappresentativa, pur se “in proporzione degli iscritti, si amplia e si trasfigura adeguandosi alla natura, appunto, di una funzione pubblica. Scompare allora la rappresentanza associativa di diritto

privato — non più adatta allo scopo — e, alle condizioni stabilite dallo stesso Costituente, ad essa si sostituisce la *rappresentanza politico-istituzionale*: che non può non muoversi nell'ambito pubblicistico. Non nel senso, beninteso, di integrarsi nella struttura statale — dando ormai per scontato che non tutto ciò che è “pubblico” è “statale” — ma nel senso di produrre le regole del lavoro, generandole in un ordinamento autonomo, alle quali il Costituente riconosce automatica efficacia nell'ordinamento generale.

Insomma, nella formulazione del 4° comma dell'art. 39 — secondo cui, è bene citare testualmente, i sindacati che hanno acquisito la personalità giuridica di diritto privato mediante la registrazione “*possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” — risalta con evidenza che, alla rappresentanza unitaria dei sindacati registrati, il Costituente ha inteso conferire appunto una rappresentanza di tipo politico-istituzionale, l'unica legittimata a stipulare un contratto collettivo con funzione paralegislativa (ossia con efficacia generale e inderogabile). Non a caso, del resto, la descritta procedura di contrattazione, ricalcando, in miniatura, il procedimento parlamentare di approvazione delle leggi, evoca una forma di democrazia sindacale, che potremmo qualificare assai *più impegnativa* di quella associativa, sancita nel comma 3, secondo il quale “*è condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica*”.

Distinzione coerente: perché, attraverso il metodo democratico del 4° comma, la rappresentanza unitaria viene abilitata a firmare un contratto collettivo da applicare a *tutti* i lavoratori, iscritti ai vari sindacati e non iscritti ad alcun sindacato.

Senza dire, poi, che, a voler davvero rafforzare questa efficacia generale, il legislatore potrebbe ipotizzare un'ulteriore verifica democratica sull'azione contrattuale della rappresentanza sindacale. L'art. 39, infatti, non ostacola alcuna procedura sindacale al riguardo e meno che mai il metodo — talvolta tentato, ma mai divenuto prassi costante nell'ordinamento sindacale autonomo, nonostante la sua intuibile essenzialità — del referendum sull'accordo “siglato”, ma non ancora divenuto contratto “firmato”, tra tutti i lavoratori ai quali il contratto in oggetto si dovrà applicare, a prescindere da ogni affiliazione sindacale. È questa, anzi, una

ipotesi assolutamente coerente con la rappresentanza politico-istituzionale di cui si è detto innanzi.

A mio parere si può logicamente sostenere, a questo punto, che l'ultimo comma dell'art. 39 sancisca la costituzionalizzazione del contratto collettivo *nazionale* della *categoria* cui esso si riferisce e che contrattualmente esso individua. Ciò vuol dire che la Costituzione attribuisce a questa fonte *extra ordinem*, frutto dell'autonomo incontro/scontro fra contrapposti interessi organizzati, la funzione di attuare, assieme alla legge, la realizzazione della tutela inderogabile dei diritti dei lavoratori. Con la conseguenza che i contratti aziendali e/o territoriali — quelli che il legislatore del 2011 inquadra nella c.d. "contrattazione di prossimità" — sono per loro natura gerarchicamente subordinati al contratto di livello superiore, non possono derogarne *in peius* le clausole e possono disporre liberamente soltanto negli spazi che quest'ultimo lascia espressamente ad essi. Considerazioni, queste, alla luce delle quali risalta la illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. 148/2011.

A ben riflettere, nell'accordo del 28 giugno 2011, vale a dire nell'ultima intesa unitaria sulla definizione delle regole sindacali della contrattazione — ma andrebbe ricordata, a questo proposito, pure la normativa sulla contrattazione nel lavoro pubblico — si ritrovano in pratica disposizioni che ben potrebbero considerarsi attuative dello spirito costituzionale racchiuso nell'art. 39. Il che dimostra che l'attuazione della norma costituzionale appare, oggi più di ieri, abbastanza verosimile e, contrariamente al passato, non vissuta da buona parte del movimento sindacale come una indebita intrusione eteronoma nell'autonomia collettiva.

Tutto sta ad individuare un percorso, ovviamente "informale", attraverso il quale le parti sociali possano in piena autonomia suggerire le forme più appropriate e più concrete di attuazione costituzionale dell'art. 39, da recepire in una "legge leggera", non invasiva delle prerogative del sindacato-movimento e, anzi, di sostegno dell'ordinamento sindacale autonomo.

Del resto, nell'esperienza italiana, la concertazione legislativa non è una novità. Il percorso appena descritto è stato già battuto in altre circostanze — come, ad esempio, nel caso della l. n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi essenziali — con risultati soddisfacenti per la tutela sia dell'interesse collettivo dei lavoratori, sia dell'interesse generale del servizio pubblico. Oggi ancor più di ieri, è difficile pensare di fare leggi sul lavoro che non affondino le ra-

dici nella volontà collettiva degli stessi soggetti che devono rispettarle oppure che non siano quanto meno concordate; comunque, che non godano di un consenso diffuso da parte di chi da tali leggi viene regolato. Perciò non si comprende come, dopo l'accordo del 28 giugno 2011, sia stato possibile scrivere e far approvare l'art. 8 della l. n. 148/2011: la distonia è evidente e senza dubbio crea gravi problemi di coordinamento e di interpretazione sistematica. Ma con tutta probabilità sarà la Corte costituzionale a risolvere il problema, dichiarando la illegittimità della norma per il contrasto, a dir poco lampante, con gli artt. 3 e 39 della Costituzione.

Il contrasto con l'art. 39 è troppo ovvio perché ci si soffermi. È invece il contrasto con l'art. 3, sull'eguaglianza formale e sostanziale, a colpire in modo particolare: dare spazio alla creazione di innumerevoli ordinamenti del lavoro tra loro diversi per un insidioso gioco al ribasso delle condizioni di lavoro — a seconda delle esigenze di questa o quella azienda (ovvero di questo o quel territorio) — non soltanto comporta intollerabili disparità di trattamento minimo tra i lavoratori, ma comporta gravi disparità tra le stesse aziende di un certo settore merceologico, costrette a subire una singolare forma di *dumping* nella concorrenza sul mercato.

INTERVENTI

FELICE TESTA

Dal conflitto alla partecipazione: libertà e trasparenza nell'impresa al tempo della crisi.

Traggo spunto dalle sollecitazioni proposte dalla Professoressa Galantino prima della relazione del Professor Leccese, per svolgere un breve intervento proprio sul tema della partecipazione dei lavoratori che è tema classico della dimensione collettiva dei rapporti di lavoro e che, al tempo della crisi, torna di attualità.

Se il riferimento centrale e fondante, per le valutazioni che si possono fare dei molteplici ed importanti mutamenti che il diritto sindacale sta conoscendo in questi ultimi tempi, deve restare quello alla Carta Costituzionale, un tema di rilevanza costituzionale ma, a mio avviso, ancora da “costituzionalizzare”, come quello della partecipazione, va coinvolto nel dibattito.

Vorrei affrontare l'argomento sotto un suo profilo che ritengo essergli peculiare, cioè trattare della partecipazione dei lavoratori all'impresa come veicolo di un ripensamento del rapporto tra conflitto collettivo e libertà sindacale; è un ripensamento che credo ormai necessario, soprattutto al tempo della crisi.

Avviso che, per ragioni di economia del discorso e, soprattutto, del dibattito di queste giornate di studi, presenterò soltanto alcuni spunti di ragionamento che poi potranno essere, in futuro, ulteriormente approfonditi.

Dunque, dalla relazione del Professor Leccese mi pare che emerga la rilevanza, fra i molti, di un fatto, e cioè che il conflitto, almeno quello innescato dal dissenso, è il problema con cui si sono

confrontate le più o meno recenti novità del diritto sindacale (1), a partire dall'accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 29 gennaio 2009 con la nota clausola n. 16 sul governo delle specificità aziendali o locali attraverso la derogabilità del contratto nazionale (2), l'accordo del 28 giugno 2011 che impianta, nel panorama delle relazioni sindacali italiane, i semi della condivisione generalizzata di regole sulla rappresentatività e dell'efficacia generale dei contratti collettivi (3) e, non da ultimo, l'art. 8

(1) Un'attenta e chiarificatrice analisi del rapporto fra la centralità del conflitto collettivo e l'effettività, più che l'efficacia, delle soluzioni di governo dello sesso individuate dalla parti sociali si trova in L. CORAZZA, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu, Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, 2011, 373 ss., dove l'Autrice ben evidenzia come il tema della regolazione del conflitto collettivo sia divenuto il tema centrale dell'attuale stagione di politica sindacale. È un tema che coinvolge senz'altro il lato degli interessi dell'impresa, che dall'efficienza del sistema di relazioni industriali può trarre vantaggi di competitività, ma che impegna nella ricerca di soluzioni alternative per veicolare le istanze le stesse organizzazioni sindacali dei lavoratori che vedono l'esperienza dello sciopero sempre più avviata verso un declino non solo in termini quantitativi (nella seconda metà dello scorso secolo la quantità di scioperi in Italia si è più che dimezzata) ma anche di qualità dei risultati prodotti dalle azioni di autotutela.

(2) L'Accordo del 29 gennaio 2009 riconosce, con colpevole ritardo rispetto al Protocollo del 23 luglio 1993, il fallimento di un sistema di rigida centralizzazione degli assetti della contrattazione collettiva voluto negli anni '90 dello scorso secolo: la clausola n. 16 dell'Accordo del 2009, per la sostanziale ampiezza del suo oggetto, fa propria, già allora, una sussidiarietà generalizzata fra primo e secondo livello di contrattazione che, proprio per quell'ampiezza, sfugge al sostanziale governo della derogabilità da parte del livello nazionale. Uno "strappo" all'assetto sistematico della contrattazione collettiva che ha portato alla mancata sottoscrizione dell'Accordo da parte della CGIL (cfr. sul punto M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Argomenti dir. lav.*, 2009, I, 1278 ss. e in part. 1281).

(3) Che il "nodo" centrale dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 sia proprio la questione della rappresentanza e della rappresentatività è ben colto, già all'indomani della stipula, da una parte della Dottrina a cui si suggerisce il rinvio (cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Argomenti dir. lav.*, 2011, I, 451 ss. e in part. 453) dove si evidenzia la particolare rilevanza che sul panorama delle prassi di relazioni sindacali ha l'introduzione del criterio di maggioranza per individuare la legittimazione delle RSU alla stipula del contratto, per quanto ciò si possa ritenere connotato alla natura collegiale delle RSU stesse; criterio di maggioranza che ci sembra essere replicato anche con riferimento all'ipotesi in cui in azienda non siano costituite RSU bensì RSA giacché il riferimento che l'art. 5 dell'Accordo fa all'istituto del *referendum* non è altro che la trasposizione sul piano della rappresentanza diretta del criterio in parola. Un accordo che, però, va posto in linea di collegamento evolutivo rispetto al lungo percorso di riforma che ha avuto il tema degli assetti della contrattazione collettiva

della l. n. 148/2011 che, per il momento, dà forza di legge alla condivisione di quell'efficacia generale (4).

Per una certa tradizione della nostra Materia il conflitto è ancora visto ampiamente come un elemento intrinseco, connaturato ai rapporti collettivi di lavoro, e questo attraverso una sistemazione concettuale, ad esempio, dello sciopero come ideale presupposto della libertà sindacale (5); il conflitto come un valore necessario ai rapporti collettivi, un valore costituzionale addirittura, perché inteso come coincidente col diritto di sciopero (6).

Però credo che oramai sia il tempo di prendere coscienza che

e del, a questo inestricabile, tema della rappresentanza e della rappresentatività sindacale a partire dal Protocollo del 23 luglio 1993, passando per la “dichiarazione d'intenti” dell'Accordo quadro del 29 gennaio 2009 e, soprattutto, per il conseguente Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 (cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Armistizio o pace?*, in *Argomenti dir. lav.*, 2011, I, 457 ss.).

(4) Segnalata da subito dalla dottrina come una “vera rivoluzione” (cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, I, 19) la previsione dell'art. l. 148/2011 tende a spostare fortemente l'asse della contrattazione sistematica (quella cioè basata su un sistema, sia pure ad assetto variabile, che prevede l'integrazione o la sussidiarietà fra un primo ed un secondo livello di contratti collettivi) dal livello centrale a quello decentrato proseguendo nel solco tracciato sul punto dall'Accordo del 28 giugno 2011, ma generalizzando la portata delle “specifiche intese” derogatorie al contratto nazionale ed alla legge, in espressione, forse, di una sussidiarietà fra legge e contratto collettivo nella regolamentazione dei rapporti di lavoro che, se suscita perplessità nella sua posizione formale nell'ordinamento giuridico ad art. 39 inattuato, di certo non può dirsi imposizione essendo stata, nella sostanza, cavalcata da tutte le parti sociali. I dubbi di costituzionalità sui quali molta parte della dottrina ha detto la sua, e sui quali si ritrovano larghe condivisioni negli atti di queste giornate di studi, sono stati però successivamente “aggirati” dalla Corte costituzionale nella prima sentenza che ha avuto ad oggetto la norma incriminata (cfr. Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221) giacché non esaminati imponendosi alla valutazione della Corte piuttosto l'esame dell'eventuale eccesso di competenze legislative dello Stato rispetto alle Regioni sulle materie “derogabili” contemplate dal citato art. 8 che la Corte, per il momento, pare aver “salvato”.

(5) Cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1996, 225 ss.; ma v. anche G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1987, 44 e 219 dove gli Autori considerano la libertà sindacale, forse dal solo lato dell'organizzazione dei lavoratori, come “antitesi al prepotere economico” e sostengono lo sciopero come naturale espressione di una “genuina ed ineliminabile (...) propensione al conflitto” dell'organizzazione sindacale.

(6) Dimenticando così come il conflitto non necessariamente coincida e si risolve tutto nello sciopero ma vada inteso più come atteggiamento negoziale ma non sempre giuridicamente riconosciuto, come, invece, è per lo sciopero (cfr. R. DEL PUNTA (2007), *Lo sciopero*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, Torino, 393, oltre a consentirsi il richiamo a F. TESTA, *La funzione negoziale nell'azione sindacale*, II ed., Torino, 2010, 165 ss.).

questa sistemazione concettuale vada definitivamente storicizzata al contesto socio-culturale che l'ha alimentata, prima, e che l'ha riproposta, poi (7); non può più dirsi che il conflitto è il presupposto della libertà sindacale ma, anzi, l'assetto costituzionale impone di dire che è vero il contrario.

Un primo spunto problematico, allora, è questo: la partecipazione dei lavoratori può coniugarsi o convivere con il conflitto? Parlare di partecipazione equivale a negare la possibilità del conflitto?

A mio avviso la partecipazione non nega l'esistenza del conflitto che, laddove rimane entro le regole dell'autonomia privata, com'è per lo sciopero, è elemento necessario perché elemento, o strumento, che include nel sistema le istanze che, altrimenti, ne sarebbero fuori (8); è, questo, il conflitto costruttivo e non di solo dissenso.

D'altra parte partecipare vuol dire essere parte di un tutto, vuol dire mantenere, in questo, l'identità di parte, mai pretendendo di esserlo, ma soltanto di contribuire a costruirlo quel tutto.

Condivido che nel processo di formazione dell'atto derogatorio si debba considerare il ruolo dei dissenzienti; anche a tal proposito ritengo che uno strumento alternativo come quello della partecipazione può essere un veicolo idoneo a garantire la considerazione di quel ruolo.

Bisogna, in sostanza, pensare a una partecipazione come alternativa necessaria al conflitto, che non è più elemento necessario all'ontologia dell'azione sindacale ma ne diventa accidente; il

(7) Ci si riferisce al contesto delle pulsioni sociali del periodo pre-costituzionale e del forte collateralismo fra campagne politiche e di politica sindacale degli anni '70 dello scorso secolo, che condussero la dottrina prevalente, addirittura nella produzione manualistica, a sistemare lo sciopero come mero fatto da porre a presupposto, però giuridico, dell'esistenza dell'organizzazione sindacale, ed a protrarre negli anni questo tipo di impostazione (cfr. per i molti G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 225 e 231), con ciò sfumando tutta la rilevanza giuridica della negozialità intrinseca all'azione di sciopero che, a ben vedere, è anch'essa autoregolamento dei privati interessi alla stregua dell'ordinamento giuridico.

(8) In senso simile parlando di sciopero con finalità contrattuali v. F. SANTONI, *La libertà ed il diritto di sciopero*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carrinci, vol. III, *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. Lunardon, Padova, 2012, 52 ss.

conflitto nelle sue forme funzionali, comunque, non viene negato dall'attuazione della partecipazione.

La vera sfida delle prossime politiche del diritto del lavoro, secondo, me è quella di concepire la partecipazione come uno strumento di prevenzione del conflitto e quindi di riduzione dello stesso.

Ma a questo si può arrivare se si compiono due grandi passaggi propedeutici, il primo è l'individuazione di regole per la selezione degli interlocutori, e dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 forse questo può essere più agevole, ma a ciò aggiungere anche un apparato di protezione della partecipazione dal dissenso individuale o di corporazione attraverso l'attuazione di tutto il sistema sindacale costituzionale, l'attuazione della seconda parte dell'art. 39 non attraverso forme surrettizie, ovviamente; l'attuazione, più ampia rispetto al limite dei servizi pubblici essenziali, dell'art. 40 Cost.; l'attuazione dell'art. 46, cioè l'istituzionalizzazione, appunto, della partecipazione. E nel recentissimo disegno di legge di riforma del mercato del lavoro approvato in Senato — almeno il testo che risulta all'art. 4, comma 62, dell'emendamento del governo, che, sono andato a ricercare, è addirittura il n. 55.900 (... questi numeri forse hanno un significato, nel senso che rischiano di far perdere il senso a tutti questi lavori ...) — c'è la delega al governo a emanare entro nove mesi, sarà un parto probabilmente, uno o più decreti legislativi per favorire forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa attraverso accordi aziendali, però i principi della deroga orientano questi decreti verso una partecipazione mista fra controllo e cogestione, pur se su specifiche materie fra cui ce ne sono un paio che, almeno secondo me, sono rilevanti: l'organizzazione del lavoro e le remunerazioni di risultato (9).

(9) I temi dell'organizzazione del lavoro e della retribuzione variabile di risultato (oggi v. l. 92/2012, art. 4, comma 62, lett. c) sono centrali fra i molteplici che pur tratta la delega: questi sono temi che necessariamente si conetteranno, in sede di attuazione degli attesi decreti, con quelli degli assetti della contrattazione collettiva; si tratta, infatti, di temi che per loro natura sarebbero caratteristicamente "aziendali" quanto al livello di svolgimento ma che, soprattutto alla luce della nota "postilla" del settembre 2011 apposta in calce all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non potranno non tenere in considerazione — proprio per la loro dimensione di trattazione che è quella della partecipazione che presuppone relazioni sistematiche — il livello nazionale dell'interlocuzione sindacale;

Un modello di partecipazione che possa dirsi in linea con la nostra prassi di relazioni collettive, deve senz'altro vedere il coinvolgimento delle rappresentanze degli organismi sindacali (10), ma il modello ritengo debba essere più quello di cogestione per gradi, che non un modello codeterminativo o, meno ancora, un modello di controllo da svolgersi attraverso la partecipazione in seno agli organismi a ciò preposti in azienda perché un siffatto modello di relazioni nell'impresa non farebbe che acuire il con-

peraltro la delega in parola prevede che i temi citati alla lettera c) siano trattati nell'ambito delle esperienze di bilateralismo che, come noto, nella nostra prassi di relazioni sindacali si svolgono prevalentemente secondo un coordinamento nazionale, pur se non escludono l'esperienza locale o anche aziendale.

Quando questo intervento è stato pronunciato la l. 28 giugno 2012, n. 92 di riforma del mercato del lavoro, pur alle battute finali della sua discussione in Parlamento, non era ancora stata emanata. Il testo dell'emendamento del Governo n. 55900 citato è rimasto sostanzialmente immutato in sede di approvazione da parte delle Camere, pertanto, il ragionamento sopra svolto può considerarsi coerente con l'attuale testo normativo di cui all'art. 4, comma 62 della citata l. n. 92 recante la delega al Governo ad emanare uno o più decreti entro nove mesi. C'è da aggiungere che, ad oggi, la delega prevista non è stata ancora esercitata dal Governo, sebbene si registrino disegni di legge in argomento, precedenti alla riforma e dai quali la stessa pare aver in buona parte attinto nell'individuazione dei criteri della delega (in particolare è stato elaborato un testo unificato dei quattro principali d.d.l. due a prima firma di relatori in quota Pdl, due in quota Pd, circostanza che segnala come il tema sia affrontato da entrambi i poli politici ed anche con punti di contatto nei contenuti); la delega dovrebbe scadere il 18 aprile 2013.

(10) Prevedere il coinvolgimento degli organismi di rappresentanza sindacale in azienda o nel territorio interessati dalla prassi della partecipazione non è solo un rilievo di buon senso; suggerisce questa impostazione l'approccio che la stessa Unione Europea ha su questo tema che, a livello comunitario, vanta un'esperienza, almeno normativa, avanzata rispetto a molti Paesi membri. L'art. 155, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'UE nel suo testo consolidato può essere preso ad esempio proprio per evidenziare come anche laddove il processo di armonizzazione e/o di coordinamento delle politiche comunitarie assume il rilievo dell'intervento normativo (com'è il caso dell'attuazione negli Stati membri dei "prodotti" del dialogo sociale a livello europeo) e quindi si connota anche dell'esigenza dell'attuazione conforme, l'Unione fa salve le prassi di relazioni sindacali presenti nei diversi suoi Paesi. Così in Italia, dove il coinvolgimento delle parti sociali conosce anche una legislazione di sostegno all'azione sindacale nell'azienda che passa proprio attraverso le rappresentanze sindacali dei lavoratori e che, è stato notato (cfr. L. MENGONI, *I limiti al potere dell'imprenditore: confronto fra il modello dello statuto ed il modello dell'art. 46 Cost.*, in AA.VV., *La posizione dei lavoratori nell'impresa*, Milano, 1977, 145), si pone nella prospettiva dell'art. 46 Cost., la prassi conseguente non può certo essere accantonata su un tema che in tema di gestione e prevenzione del conflitto per la trasparenza della gestione stessa è suscettibile di divenire il tema centrale della prossima stagione di relazioni sindacali.

flitto anziché prevenirlo attribuendo potere di veto alle minoranze anziché, più utilmente, sostenerne la voce.

Però, e questo è il secondo spunto problematico che assorbe il primo e con il quale chiudo, il punto forse non è tanto interrogarsi sul modello ma sull'oggetto della partecipazione perché se i soggetti che partecipano devono mantenere la loro identità di parte nel contribuire a formare il tutto, l'oggetto della partecipazione deve avere anche una funzione identitaria per i soggetti, deve garantire il mantenimento delle prerogative della loro identità; in altri termini la partecipazione in parola deve svolgersi su argomenti propri dei suoi attori, cioè delle organizzazioni dei lavoratori: la difesa dell'occupazione e dell'occupabilità, le ricadute dell'organizzazione del lavoro sulle condizioni di lavoro dei prestatori, la tutela della salute e della sicurezza.

A tutto il resto basta la contrattazione collettiva; tutto il resto, compresi i diritti di informazione e consultazione dei lavoratori, può transitare dalla contrattazione collettiva, la quale, dove ha funzionato, proprio su questi argomenti ha già fornito dei solidi supporti a questa idea di partecipazione conducendo a scelte forti e condivise (11).

Concludo dicendo che d'altra parte oggi quello che le aziende si chiedono non è più *a cosa serve il sindacato* (12) ma *qual è il sindacato che serve*. E la risposta, in tempi di crisi, è diventata una

(11) Non sono rare le esperienze di relazioni sindacali partecipative svolte nell'ambito delle più generali previsioni della contrattazione collettiva di lavoro: l'evoluzione di queste esperienze ha dato luogo a veri e propri strumenti bilaterali di intervento a supporto delle crisi occupazionali ed oggi di quelle economiche e finanziarie delle aziende che inevitabilmente si ripercuotono sui livelli di occupazione e di qualità della stessa. Il settore del credito, ancora una volta, dopo essere stato, in questo campo, il promotore e primo realizzatore dell'esperienza dei fondi di solidarietà di settore (cioè dell'ammortizzazione sociale autofinanziata dalle categorie) — fatta propria dalla riforma del 2012 che ne estende, in forma obbligatoria, la portata a tutti i settori non coperti dall'ammortizzazione sociale pubblica — oggi si avventura nella soluzione, anche questa riveniente dalla contrattazione collettiva di lavoro della categoria, della riconduzione alla dimensione tutta privata e privatistica degli strumenti autofinanziati di sostegno al reddito non solo dei lavoratori ma anche delle imprese sia attraverso nuove ed ulteriori forme di integrazione salariale, sia attraverso incentivi alle assunzioni "stabili".

(12) Sia consentita la parafrasi di una parte del felice titolo di un bel volume di Pietro Ichino (*A che cosa serve il sindacato, le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino*, Milano, 2005) dove l'Autore, ci pare proprio, dia risposte come se la domanda fosse, "qual è il sindacato che serve".

costante invariabile: il sindacato serve ad accordi forti e durevoli; ed il sindacato che conduce a quegli accordi non è quello cedevole ma è il sindacato forte perché ha partecipato, cioè il sindacato che è in grado di compiere scelte consapevoli e partecipate, appunto, dei problemi del lavoro nell'impresa garantendo la trasparenza della sua gestione.

ROBERTO ROMEI

Vorrei svolgere solo qualche breve riflessione a caldo, senza alcuna pretesa di sistematicità. Inizio subito con dei complimenti non di maniera per la relazione di Vito Leccese, l'unica che ho sentito finora. Non credo che mi facciano velo l'amicizia e l'affetto che mi legano a Vito, ma credo che sia stata una relazione eccellente per come è stata scritta e, soprattutto, per come è stata esposta.

Io vorrei partire da un'impressione che ho avuto sentendo l'esposizione orale e sentendo soprattutto le osservazioni dei discussant.

Devo infatti dire che in un convegno dedicato al diritto sindacale in tempo di crisi tutto mi sarei aspettato fuorché un elogio dell'art. 39 Cost. Chiarisco subito che subito che da sempre non sono un sostenitore dell'art. 39 Cost.; è una norma, che, eccezion fatta per il primo comma naturalmente, trovo, ed ho sempre trovato, vecchia; una norma espressione di un tempo passato del diritto sindacale e soprattutto della nostra economia; una norma che ubbidiva a delle ragioni di politica sociale che non mi sembrano più attuali. Mi sembra dunque davvero singolare, per non dire altro, questa rivisitazione nell'art. 39 Cost. Anche perché essa sovente si accompagna ad un'altra posizione che pure mi lascia fortemente perplesso, intendo riferirmi alla valorizzazione del contratto collettivo come fonte del diritto. Non riesco infatti a cogliere, senza dubbio per mia mancanza, quale sarebbe il guadagno dall'inserimento del contratto collettivo nel novero delle fonti del diritto del lavoro. Quale sarebbe il valore aggiunto di un tale inserimento. Certo, l'attuazione dell'art. 39 Cost. porterebbe con sé anche una disciplina sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali, questione importantissima, indubbiamente, ma che a me sembra che debba essere mantenuta concettualmente separata dalla riflessione sul contratto collettivo, sulla sua natura e sulla sua funzione. Insomma mi sembra che la situazione attuale in

Italia, più che rivolgersi al passato proponendo un'attuazione tardiva della norma costituzionale, dovrebbe guardare al futuro, reclaims prospettive di indagine diverse innescate dalle profonde novità di questi ultimi anni.

In un passo della Relazione, l'Autore, pur non prendendo direttamente posizione sulla natura del contratto collettivo e dell'autonomia collettiva, muove indirettamente da un presupposto che a me sembra chiaro, mi correggerà poi l'Autore se sbaglio e se fraintendo il suo pensiero. Un presupposto, sia detto per inciso, che appare in controtendenza rispetto alla linea favorevole alla attuazione dell'art. 39 Cost. ed all'inserimento del contratto collettivo tra le fonti del diritto del lavoro. Mi sembra infatti che un'idea di contratto collettivo serpeggi nella relazione, e mi sembra che essa traspaia dall'impronta fortemente individualistica che si può cogliere in tutta la relazione. Insomma l'Autore sembra accogliere l'idea del contratto collettivo come un contratto di diritto privato secondo una prospettiva molto autorevole, ma anche molto tradizionale. Di qui poi, a cascata, una serie di considerazioni e problemi che sono innescati dall'art. 8 della l. n. 148/2011 e che anzi sono enfatizzati proprio dall'impostazione privatistica non dichiarata, ma tenacemente perseguita.

Ora, scontata la cattiva redazione tecnica dell'art. 8 della l. n. 148/2011 e la critica ad alcuni aspetti di esso davvero inopportuni, più che attardarsi sui problemi di costituzionalità della norma — che comunque mi sembrano meno gravi di quanto non traspaia dalla Relazione e dagli interventi dei due discussant —, credo che sia forse più interessante, non dico più utile, ma almeno più interessante secondo beninteso il mio punto di vista, individuare quali siano le novità che l'art. 8 evidenzia.

L'art. 8 della l. n. 148/2011, infatti — è stato ribadito più volte anche oggi nella Relazione, ma era stato già messo in evidenza da un bell'articolo di Edoardo Ales di qualche mese fa — esprime, ma al tempo stesso asseconda ed incentiva, una crescente tendenza verso la aziendalizzazione del diritto del lavoro. La tendenza all'aziendalizzazione non è però solo frutto dell'art. 8 della l. n. 148/2011, ma, a mio avviso, è espressione di un profondo mutamento della situazione interna e anche internazionale nella quale si trova il nostro Paese. Un esempio per tutti: in Italia non esiste un mercato del lavoro, ma esistono diversi mercati del lavoro: e quindi diverse sono le condizioni di lavoro che sono recla-

mate da questi mercati. Il che si traduce anche in una differenziazione delle discipline che governano i rapporti di lavoro. Fino a dove si può spingere questa differenziazione della disciplina lavoristica? È impossibile porre un limite astratto: questa è materia che è rimessa alla contrattazione collettiva

C'è poi un altro aspetto, seguendo l'impostazione per punti che ho enunciato all'inizio, che emerge dall'art. 8 della l. n. 148/2011. È uno degli aspetti su cui più la Relazione ha insistito, cioè l'efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale.

L'efficacia generalizzata del contratto aziendale, è bene sottolinearlo, era una conseguenza voluta dalle stesse parti sociali nell'Accordo del giugno 2011. È una novità importante, per certi aspetti dirompente rispetto alla tradizione consolidata del nostro diritto sindacale, che si accompagna ad un altro aspetto, anche esso puntualmente messo in luce dalla Relazione, e cioè l'emarginazione del dissenso.

Anche questo, o meglio, anche questi sono indizi di forte novità che hanno riflessi non trascurabili sulla natura e sulla funzione del contratto collettivo. Essi infatti sono espressione, o così almeno a me sembra, del fatto che il contratto collettivo vada considerato non più, o non più solo, come un contratto che dà contenuto ai singoli contratti di lavoro per il tramite del meccanismo del mandato rappresentativo, ma come un istituto che contribuisce a creare delle condizioni di stabilità all'interno dell'organizzazione aziendale. Ci si può anche non spingere, come invece a me sembra, a considerare il contratto collettivo sia un fattore che coopera alla costruzione dell'organizzazione aziendale, ma credo che sia difficilmente revocabile in dubbio che il contratto collettivo, e la disciplina in esso contenuta, rappresenti un elemento centrale per la stabilità dell'organizzazione del lavoro della singola impresa. Come tale la disciplina del contratto, specie aziendale, deve essere anch'essa provvista di una certa stabilità. Quella che, con una bruttissima parola, è chiamata la "esigibilità", esprime esattamente questo e cioè che l'assetto degli interessi contenuto nel contratto deve essere dotato di certezza, non può cioè essere messo in discussione da iniziative delle organizzazioni sindacali dissenzienti, le quali debbono invece accettarlo, nonostante il disaccordo che possono avere sui suoi contenuti, ove, naturalmente, siano rispettate le procedure volute dalla legge o dall'Accordo interconfederale del giugno 2011.

È questo un dato che ormai connota e caratterizza il diritto sindacale e il contratto collettivo.

La stabilità della disciplina collettiva, o se si preferisce, la sua esigibilità, è un obiettivo che non può essere facilmente assicurato ove ci si ponga nella prospettiva tradizionale, dal cui punto di vista, probabilmente, non può essere nemmeno facilmente spiegato. La tesi tradizionale del contratto collettivo come atto di diritto privato che riposa sul mandato con rappresentanza degli iscritti fa inevitabilmente riemergere il problema del dissenso, e quindi dell'efficacia soggettivamente limitata del contratto, e del vincolo della rappresentanza. Tutti aspetti questi su cui ci si affatica da anni e che comunque mi sembrano difficilmente compatibili con la necessità di assicurare la stabilità della contrattazione collettiva, la sua efficacia generalizzata e la sua intangibilità. Non a caso, sia l'art. 8 l. n. 148/2011 l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 risolvono il problema del dissenso prescindendo dai rigidi schemi del mandato con rappresentanza, percorrendo invece una via diversa, imperniata sulla natura dei soggetti stipulanti — RSU e RSA — e sul diverso grado di rappresentanza che ad esse si riconnette e che si riflette in una declinazione della efficacia generalizzata del contratto collettivo diversa a seconda degli attori.

Ed è evidente che questo nuovo equilibrio coinvolge anche un altro istituto centrale del diritto sindacale, e cioè il diritto di sciopero. L'obiettivo della stabilità della disciplina collettiva richiede infatti una corrispondente limitazione del diritto di sciopero, si esprima essa nella forma assai blanda dell'accordo del giugno 2001, ovvero nelle forme più incisive degli accordi Fiat. È possibile qui fare solo un cenno, ma il rapporto, molto trascurato negli ultimi anni, tra contratto collettivo e sciopero, dell'efficacia delle clausole di tregua e della titolarità del diritto di sciopero rappresentano altrettanti aspetti che meritano una nuova riflessione.

Un'ultima notazione, è stato osservato sia dal Relatore che dai discutenti che il sistema del diritto sindacale italiano mal tollera, o non tollera affatto, interventi eteronomi: non tollera picconate dall'esterno sotto forma di interventi esterni del legislatore, mi pare sia stato detto.

Su un'affermazione così *tranchant* avrei qualche dubbio.

Non è qui possibile argomentare compiutamente le ragioni di questa mia convinzione; mi limito ad osservare che il sistema del diritto sindacale italiano, così come ci è consegnato dal primo

comma dell'art. 39 Cost. non è un sistema in cui, per riprendere delle espressioni utilizzate dai Giudici costituzionali, contratto collettivo e autonomia collettiva non tollerino un intervento della legge. Non vi è alcuna riserva nel nostro ordinamento in favore della autonomia collettiva, ci ha ammonito già da tempo la Corte costituzionale. E ci sono state in passato diverse occasioni, ad es. a proposito dell'art. 5 della l. n. 222/1991 in cui la Corte costituzionale ha forzato le maglie della prospettiva privatistica e ha ammesso l'intervento eteronomo. L'intervento eteronomo è dunque consentito, ed anzi è a mio avviso doveroso, specie ove le stesse parti non siano riuscite negli anni a dare una risposta a un problema molto sentito ed importante come quello di assicurare la stabilità della disciplina contenuta nel collettivo e dunque in definitiva, la stabilità dell'organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa.

UMBERTO CARABELLI

Il dissenso del lavoratore tra libertà sindacale e democrazia sindacale.

Scontati i miei complimenti al professor Leccese per la sua bella relazione, parto subito dall'interrogativo sollevato da altri interventori: per quale motivo, dopo l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, c'è stato bisogno di un intervento eteronomo del legislatore come quello operato con l'art. 8 della l. n. 148/2011?

Io credo che la risposta sia stata già fornita, quanto meno in via implicita, da Leccese. La funzione della nuova disposizione di legge è stata quella di assicurare una base giuridica ad un obiettivo politico di cui si è fatto carico il Ministro Sacconi: la neutralizzazione del dissenso individuale (o eventualmente anche collettivo) nei processi di deregolazione del lavoro che sono in atto in molte imprese del nostro tessuto produttivo industriale e dei servizi, afflitte da una concorrenza internazionale che esse intendono sostenere con massicce riduzioni del costo del lavoro. Ciò attraverso il riconoscimento di una 'efficacia generale' agli accordi di prossimità, in particolare quelli aziendali, derogatori di normative previste dai contratti nazionali di lavoro e dalla legge.

A tal fine non bastava, evidentemente, al Governo la soluzione offerta dall'Accordo Interconfederale (A.I.) del 28 giugno 2011, la quale, da un lato, sul piano dei contenuti, forniva una risposta 'moderata' alla domanda delle imprese di 'flessibilizzazione' delle tutele del lavoro (come si dice di solito, con un eufemismo spesso risibile), in quanto ancora fondata su un sistema coordinato e centralizzato di negoziazione collettiva, che attribuisce alla contrattazione aziendale poteri derogatori rigorosamente controllati da quella nazionale. E dall'altro lato, in quanto atto di natura privatistica rinviante ad altri atti di natura privatistica, poteva porre problemi sul piano dell'efficacia *erga omnes*.

Occorreva, dunque, dar vita ad una soluzione più estesa e più 'autorevole', nella prospettiva di esaltare un valore che risulta

vincente nel momento politico-sociale che stiamo vivendo: la possibilità effettiva di una generale specializzazione/differenziazione aziendale delle regole di utilizzo della forza lavoro, e dunque l'esaltazione di un interesse organizzativo che si pretende di rappresentare come sempre più oggettivizzato, in grado di imporsi universalmente, con il 'consenso chi ci sta', *senza rischi di contestazione*.

In realtà, come chiarito dallo stesso Relatore, rispetto agli interventi negoziali che incidono su posizioni soggettive derivanti dalle norme del contratto collettivo nazionale nelle materie definite dall'A.I., la risposta alle esigenze di 'tenuta' del sistema poteva trarsi da un forte e puntuale ancoramento ai principi del diritto privato. Questi ultimi, infatti, sono in grado di assicurare, sul piano dell'efficacia soggettiva, soluzioni ancora oggi affidabili, in quanto fondate sul condizionamento derivante dalla natura 'sistemica e compatta' dei regimi contrattuali applicabili ai singoli lavoratori: insomma, le tutele non si scelgono 'fior da fiore', e dunque l'accettazione da parte del singolo dell'applicazione di quelle previste dal contratto nazionale implica anche l'accettazione delle clausole di rinvio (di tipo tanto sostanziale che procedurale) ai poteri derogatori degli agenti aziendali investiti di tale funzione.

Diverso è il discorso allorquando ci si muove al di fuori dello spazio coperto dall'A.I., e cioè nel caso di contratti aziendali derogatori di normative del contratto nazionale relative a materie diverse da quelle dell'A.I., ovvero di normative di legge. In questo specifico ambito (salvo il fragile ricorso agli *escamotage* richiamati dal Relatore) l'art. 8 è potenzialmente in grado di svolgere un ruolo determinante, e rispetto ad esso si aprono tutti i problemi giuridici che la relazione ha affrontato con tanta cura. Tra questi, quello della correttezza costituzionale della attribuzione di efficacia generale ai contratti aziendali secondo un meccanismo differente da quello previsto dall'art. 39, seconda parte, Cost., e quello, direttamente connesso, della tutela del dissenso del lavoratore rispetto all'operato negoziale dei propri rappresentanti sindacali.

A quest'ultimo riguardo, Leccese ha sviluppato un interessante ragionamento, partendo da una costruzione teorica raffigurante una sorta di attuazione 'per equivalente' della seconda parte dell'art. 39 Cost.; costruzione che egli trae dalle suggestioni del dibattito in corso, ma che dichiara di non condividere. Su questa premessa, Leccese, alla ricerca di un 'nociolo duro' che andrebbe comunque assicurato anche ove si accogliesse una simile costru-

zione teorica, manifesta comunque un certo apprezzamento per quella parte della tesi secondo la quale, nel silenzio del costituente sul punto, la partecipazione democratica del lavoratore alle scelte del sindacato può anche solo tradursi nella partecipazione alla scelta dei propri rappresentanti sindacali, giungendo a riconoscerle una ragionevole coerenza con l'art. 39, comma 1, Cost. Detta in altre parole, secondo Leccese la mera partecipazione del lavoratore alla elezione delle rappresentanze sindacali unitarie potrebbe essere idonea a garantire la soddisfazione del suo diritto di libertà sindacale e di partecipazione democratica *ex* 39, comma 1, Cost., al fine di sottoporlo legittimamente alle scelte collettive, ove mai fossero soddisfatte (direttamente o 'per equivalente') le condizioni procedurali di cui all'art. 39, comma 2 ss., Cost.

La lettura del Relatore è dunque riassumibile, mi sembra, in questi termini: occorre garantire il dissenso, al fine di costringere lo stesso sindacato a valorizzare la partecipazione democratica; solo se c'è partecipazione di coloro che devono sopportare le conseguenze di un atto negoziale sarebbe, insomma, possibile raggiungere l'obiettivo della sua efficacia vincolante nei loro confronti. Secondo Leccese, peraltro, questa partecipazione può anche esaurirsi, secondo il modello della democrazia indiretta, nella elezione dei propri rappresentanti sindacali e negoziali.

Orbene, lasciando per il momento da parte la questione della conformità o meno dell'art. 8 con la seconda parte dell'art. 39 Cost. (sulla quale tornerò più avanti), mi sembra che Leccese ponga con le sue riflessioni un importante problema di raccordo della problematica del dissenso/consenso con l'art. 39, comma 1, Cost., sulla quale vale la pena soffermarsi, posto che essa sarebbe destinata ad influire finanche su un eventuale futuro intervento legislativo di formale e rigorosa attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.

Intanto desidero evidenziare che condivido in pieno la premessa generale da cui parte Leccese, fondata sul chiaro riconoscimento dell'esigenza di rispettare il dissenso come espressione della libertà sindacale fondata dall'art. 39, comma 1, Cost. Credo, anzi, che la parte più interessante della relazione sia costituita proprio dalla scelta di valorizzare il dissenso come elemento essenziale della stessa democrazia sindacale. Siamo a Pisa e il professor Pera, alla cui opera faceva riferimento Oronzo Mazzotta questa mattina, nell'introdurre il nostro Congresso-Convegno, è stato uno dei

più noti sostenitori del dissenso come essenza primaria della libertà sindacale, in quanto rappresentazione del lato negativo di quella libertà. Io stesso, lo dico con la dovuta modestia, nel mio libro dedicato alla 'Libertà e immunità del sindacato', ho tratto ispirazione dalla lettura della sua classica opera; e, con riferimento all'associazione sindacale, ho ritenuto di poter esaltare il dissenso come manifestazione essenziale della stessa democrazia sindacale, che deve sempre potersi tradurre finanche nella estrema manifestazione dell'abbandono, come massima espressione di libertà soggettiva nei confronti dei poteri espressi dal gruppo organizzato.

Ciò detto, quel che non condivido della posizione di Leccese è la sua equiparazione funzionale tra gli strumenti della democrazia indiretta e della democrazia diretta, al fine di garantire (la soddisfazione della libertà sindacale e) l'assorbimento dell'eventuale dissenso del lavoratore sui contenuti della attività negoziale operata dai rappresentanti sindacali.

Al riguardo, ho molte perplessità, già sul piano delle scelte di politica sindacale, rispetto a soluzioni che non assicurino la consapevole accettazione, da parte del lavoratore, degli effetti, talora drammatici, scaturenti dalle decisioni collettive sulle sue posizioni soggettive. Sviluppando il discorso su un piano più rigorosamente giuridico, la questione assume, poi, una colorazione ancora più forte. Ritengo, infatti, che, poiché l'essenza del dissenso del lavoratore è — soprattutto alla luce degli eventi economici e sociali degli anni più recenti — proprio ed essenzialmente sui *contenuti* dell'attività negoziale dei rappresentanti da lui stesso eletti (e dunque sulla perdita delle tutele disposta attraverso l'atto negoziale aziendale), anche nel caso in cui gli agenti negoziali siano stati soggetti eletti liberamente dai lavoratori, sia necessaria la votazione referendaria, al fine di considerare accettate democraticamente dal singolo lavoratore le conseguenze negative che da quell'atto siano previste. Si tratta, a mio avviso, di un vero e proprio principio di garanzia che, nel silenzio del legislatore costituzionale sul punto, deve ritenersi intrinseco al combinato disposto del comma 1 e dei comma 2 ss. dell'art. 39 Cost., e dunque conseguenziale ad una armonica fusione del principio di libertà sindacale (nella sua valenza positiva e negativa) e di democrazia sindacale con le procedure finalizzate all'*erga omnes*.

Questa interpretazione può essere rafforzata, d'altro canto, dalla considerazione che, nel settore privato, la vicenda contrat-

tuale presenta, in linea generale, caratteristiche differenti da quelle del settore pubblico. Nel settore privato, infatti, è presente un conflitto di interessi che non riguarda solo gli aspetti di potere interni al sistema produttivo, ma anche le generali tematiche della redistribuzione della ricchezza prodotta; conflitto che la Costituzione ha inteso con evidenza riconoscere e garantire (cfr. artt. 1, 3, comma 2, 4, 35, 36, 37, 39 e 40 Cost.). Ciò implica che, mentre nel settore pubblico può risultare *opportuno* (ma non, a rigore, necessario, essendo legittime scelte differenti) che la parola ultima sulle soluzioni contrattuali che possono avere incidenza sugli interessi pubblici coinvolti sia assegnata direttamente ai soggetti collettivi, nel settore privato, invece, risulta *necessario*, ai fini di una contrattazione ad efficacia generale, che tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti ai sindacati negozianti siano chiamati all'approvazione del risultato negoziale, esprimendo un voto individuale sull'ipotesi di accordo. E questo vale tanto per il contratto nazionale quanto per i contratti decentrati.

Ciò detto sul punto di parziale dissenso nei confronti delle posizioni avanzate dal Relatore, convergo pienamente, invece, con Leccese sull'impossibilità per il legislatore di fuoriuscire dal rigoroso rispetto del modello definito dall'art. 39, seconda parte, Cost.; e dunque sulla indubbia incostituzionalità dell'art. 8 l. n. 148 che ne rappresenta, dal punto di vista storico, la prima formale attuazione.

A differenza delle altre disposizioni di legge che, in passato, hanno previsto la possibilità per i contratti collettivi di derogare specifiche norme di tutela dei lavoratori, e che, nel silenzio del legislatore, hanno ingenerato interessanti discussioni intorno alla intrinseca attribuzione legale di un'efficacia generale a siffatti contratti, questa volta il legislatore, al comma 1 dell'art. 8, ha affermato esplicitamente l'efficacia *erga omnes* dei contratti ivi previsti: dunque appare indubbio che si è di fronte ad una norma esplicitamente attuativa dell'art. 39 Cost.

Se ciò è vero, io credo che si debba essere a maggior ragione estremamente rigorosi nell'interpretazione di quella disposizione, perché l'art. 39 non è soltanto una norma sostanziale — come tale suscettibile di interpretazione evolutiva con il volgere della storia — ma è anche una norma che definisce una particolare procedura che si fonda: *a)* sull'identificazione di determinati soggetti, i quali devono avere determinate caratteristiche e *b)* sulla costituzione di

un tavolo negoziale dove devono essere rispettate determinate regole. Come insegnatoci dalla Corte costituzionale nel lontano 1962 con la storica sentenza n. 106, il rispetto di questa procedura rappresenta l'unica strada ammessa dal legislatore per la stipulazione di contratti collettivi ad efficacia generale ed obbligatoria per tutti gli appartenenti alla categoria; alternative non ce ne sono e, ove praticate, sono destinate a cadere sotto la mannaia della Corte costituzionale. Ecco perché sono convinto fermamente dell'incostituzionalità dell'art. 8 della l. n. 148/2011.

Venerdì 8 giugno 2012 - mattina

IL RAPPORTO DI LAVORO AL TEMPO DELLA CRISI (*)

di MARIA TERESA CARINCI

SOMMARIO: SEZIONE I. I PROBLEMI DA RISOLVERE — 1. La situazione del mercato del lavoro in Italia. — 2. Il ruolo giocato dalla crisi economica. — 3. Le responsabilità del diritto del lavoro ed il suo possibile ruolo futuro. — SEZIONE II. MODELLI A CONFRONTO — 4. La “ricetta” dell’Unione europea: la *flexicurity*. — 4.1. Massima *flexibility* nel rapporto e massima *security* nel mercato: la Danimarca. — 4.2. Solo *flexibility* in uscita *dal* rapporto: il licenziamento libero “indennizzato” in Francia. — 4.3. *Flexibility* (e *security*) nel rapporto: la Germania. — SEZIONE III. LA FLEXICURITY ALL’ITALIANA. — 5. Il d.d.l. “Fornero” di riforma del mercato del lavoro (d.d.l. 3249/2012): gli obbiettivi dichiarati. — 5.1. Spostamento della *security* nel mercato? L’Italia non è la Danimarca. — 5.2. La riduzione della *flexibility* in entrata: contratto “dominante” *v.* contratti flessibili. Alcune osservazioni generali. — 5.3. L’allargamento della *flexibility* in uscita: l’area di intervento. — 5.3.1. Dall’unicità alla pluralità dei regimi di tutela per il licenziamento individuale illegittimo. — 5.3.2. I presupposti applicativi delle tutele: giustificazione addotta o effettiva del licenziamento? — 5.3.3. Il campo di applicazione della “tutela reintegratoria piena”: ragioni discriminatorie e motivo determinante illecito *v.* giusta causa e giustificato motivo soggettivo e oggettivo. — 5.3.4. Il campo di applicazione delle tutele minori: licenziamento giustificato, ma sorretto da una causa quantitativamente o qualitativamente diversa da quella addotta dal datore di lavoro. — 5.3.5. Ripartizione dell’onere della prova. — 5.3.6. Ulteriori ipotesi interpretative: la “scomposizione” del licenziamento ingiustificato ai fini della modulazione delle sanzioni o delle tutele — 5.3.7. Vincoli giuridici e ragioni economiche di una “adeguata tutela economica” contro il licenziamento ingiustificato. L’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. — SEZIONE IV. CONCLUSIONE. QUALE MODELLO ALTERNATIVO? — 6. Quale modello alternativo? Dalla flessibilità numerica, alla flessibilità temporale e funzionale.

(*) Pur rimanendo l’unica responsabile delle idee espresse in questo scritto, voglio ringraziare in modo particolare i colleghi Luca Nogler, Marcello Pedrazzoli, Antoine Jacobs, Valerio Speciale, Riccardo Del Punta, Arturo Maresca, Umberto Carabelli, Carlo Zoli, Armando Tursi, Carlo Dell’Aringa, Carlo Devillanova, Giorgio Bolego, Stefano Giubboni, Giovanni Orlandini, Marco Leonardi, Federico Martelloni: discutere e confrontarmi con loro ha sicuramente reso questo scritto migliore.

Il testo è aggiornato al 23 maggio 2012.

SEZIONE I
I PROBLEMI DA RISOLVERE

1. *La situazione del mercato del lavoro in Italia.*

I dati statistici (1) restituiscono un'immagine piuttosto preoccupante dell'attuale stato del mercato del lavoro italiano, caratterizzato com'è: da un tasso di disoccupazione (2) in crescita (3) (che è più basso della media europea (4), solo perché falsato, poiché nel calcolo non si tiene conto né dell'elevato numero degli inattivi (5) "potenzialmente attivi" (6), cioè di coloro che si situano nella zona del mercato del lavoro più prossima agli occupati (7), né dei "semi-

(1) Nel presente scritto sono stati utilizzati i dati elaborati dall'Istat. Pare tuttavia opportuno avvertire che i numeri non sono sempre così univoci. Essi, infatti, oltre a cambiare, naturalmente, al mutare del campione preso a riferimento — nonché al variare del periodo di tempo considerato —, mutano spesso a seconda del soggetto che effettua l'indagine.

(2) Il tasso di disoccupazione è dato dal rapporto tra le persone in cerca di occupazione, ossia i c.d. disoccupati (la cui definizione cambia in base al criterio di riferimento) e le corrispondenti forze di lavoro (i.e. la somma delle persone occupate e delle persone in cerca di occupazione), cfr. *Glossario Istat*, disponibile al sito http://seriestoriche.istat.it/fileadmin/allegati/Mercatodel_lavoro/Pdf/10_Glossario.pdf.

(3) Il tasso di disoccupazione è cresciuto dal 7,8% del 2009 all'8,4% del 2010 e 2011, per poi salire ancora al 9,8% nel mese di marzo 2012, cfr. *Istat Flash occupati e disoccupati*, riferito rispettivamente agli anni 2010, 2011 ed al mese di marzo 2012, tutti disponibili al sito <http://www.istat.it/it/archivio/statistica+flash>.

(4) Pari al 9,6% nel 2010, cfr. Istat, 2012, 244.

(5) Il tasso di inattività si ottiene dal rapporto tra le persone non appartenenti alle forze di lavoro (ossia non classificate né come occupate né come disoccupate) e la corrispondente popolazione di riferimento, cfr. il *Glossario Istat*, cit. Il tasso di inattività in Italia nella fascia di età tra i 15 ed i 64 anni (pari al 37,8% nel 2010 e nel 2011 ed al 36,7% nel marzo del 2012) è di gran lunga superiore rispetto alla media europea (pari al 29%), cfr. Istat, 2012, 242.

(6) L'insieme degli inattivi è infatti un aggregato molto disomogeneo: al suo interno si può distinguere un'area (c.d. "zona grigia") potenzialmente vicina al mercato del lavoro ed un'altra distante, in quanto composta da persone che non ricercano un lavoro e non sono disponibili a lavorare. La "zona grigia", peraltro, si scompone al suo interno ulteriormente a seconda delle diverse combinazioni fra modalità di ricerca e disponibilità ad essere occupati nel giro di due settimane tra: a) coloro che cercano lavoro, sono immediatamente disponibili a lavorare, ma non hanno effettuato un'azione di ricerca negli ultimi 30 giorni (c.d. "forza lavoro potenziale"); b) coloro che non cercano lavoro, ma sarebbero disponibili a lavorare; c) coloro che cercano lavoro ma non sono immediatamente disponibili a lavorare, cfr. CNEL, 2011, 185.

(7) Si calcola che il tasso di disoccupazione computando anche gli inattivi "potenzialmente attivi" si eleverebbe di 4 o 5 punti percentuali, cfr. CNEL, 2011, 189.

occupati”, cioè dei lavoratori che hanno subito riduzioni di orario con intervento della Cassa integrazione guadagni (8); da un tasso di occupazione (9) ancora in calo (10), che pone l’Italia agli ultimi posti della classifica dei Paesi dell’Unione europea, seguita solo da Ungheria e Malta (11); ed, infine, da una progressiva espansione del lavoro non standard. Dopo la flessione dovuta alla crisi economica, i contratti flessibili sono infatti tornati a crescere, in particolare il lavoro a termine (12) ed il part-time (13) (quest’ultimo, peraltro, in larga parte involontario (14) in quanto comprensivo dei lavoratori ad orario ridotto con intervento della Cassa integrazione guadagni).

Il panorama non sembra migliore se si va a guardare la produttività (15) delle imprese italiane. Infatti l’alto costo del lavoro per unità di prodotto (Clup), specie nell’industria, ha determinato un arretramento della posizione competitiva del nostro Paese con conseguenze negative sull’andamento delle esportazioni (16).

2. *Il ruolo giocato dalla crisi economica.*

Se la situazione è quella appena descritta, pare opportuno chiedersi se la crisi economica iniziata nel 2008 abbia giocato un qualche ruolo.

La risposta è senza dubbio positiva anche se occorre precisare

(8) Nel caso si calcolassero fra i disoccupati anche i lavoratori in Cassa integrazione guadagni il tasso di disoccupazione si eleverebbe per il 2010 di quasi l’1%, cfr. ancora CNEL, 2011, 188.

(9) Il tasso di occupazione si ottiene dal rapporto tra gli occupati e la corrispondente popolazione di riferimento, cfr. il Glossario Istat, cit.

(10) Il tasso dal 57,5% nel 2009 si è abbassato al 56,9% nel 2010 e 2011 per risalire leggermente al 57% nel marzo del 2012, cfr. *Istat Flash occupati e disoccupati*, cit., riferito rispettivamente agli anni 2010, 2011 ed al mese di marzo 2012.

(11) Cfr. per quanto riguarda il tasso di occupazione nella fascia tra i 20 ed i 64 anni i dati italiani ed europei in Istat, 2012, 234.

(12) 12,8% nel 2010 sul totale dei dipendenti (si tratta di 2,2 milioni di persone comprensive però di 400 mila lavoratori autonomi, cfr. Istat, 2012, 238). La percentuale di lavoratori a termine rispetto al totale degli occupati in Italia è in linea con la media europea che è pari al 14%, cfr. Istat, 2012, 238 ed anche CNEL, 2011, 118.

(13) 15% nel 2010 comprensivo di dipendenti e autonomi, cfr. Istat, 2012, 240.

(14) 49,3% nel 2010 dei lavoratori part-time, cfr. Istat, 2012, 240 ss.

(15) La produttività è data dal rapporto fra valore del prodotto, al netto delle spese, e quantità del lavoro impiegata per realizzarlo.

(16) Cfr. CNEL, 2011, 40 e Istat, 2011a, 16.

che, per chi scrive, quest'ultima è stata rilevante ma, a dire il vero, non decisiva, nel peggioramento complessivo dello stato del mercato del lavoro. Incrociando i dati statistici emerge infatti chiaramente che la recessione si è limitata ad accelerare fenomeni da tempo in atto.

A ben vedere già ad inizio millennio i tassi di disoccupazione italiani apparivano molto più alti rispetto alla media europea, mentre i tassi di occupazione risultavano tra i più bassi (17).

Così, per quanto riguarda la segmentazione del mercato del lavoro, già dal 2004 una percentuale via via crescente della forza lavoro veniva impiegata tramite contratti non standard, quali il lavoro subordinato a termine e le collaborazioni a termine (18), il lavoro autonomo part-time e il lavoro subordinato part-time (19), a scapito del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato (20).

Allo stesso modo la crisi ha messo a nudo la situazione particolarmente vulnerabile delle fasce più giovani della forza lavoro, esasperando i dualismi già in atto. Infatti sono stati soprattutto i giovani a subire gli effetti della caduta occupazionale, in quanto emarginati nel "limbo" del non impiego o della disoccupazione, o confinati in forme di lavoro non standard da cui, specie in questo momento di contrazione dell'economia, è particolarmente difficile uscire.

Se nell'arco di tempo fra il 2000 e il 2007 il tasso di disoccupazione giovanile (21), pur rimanendo alto rispetto alla media europea (22), era significativamente diminuito (23), dal 2008 ha ini-

(17) Nel 2001 i tassi di occupazione e disoccupazione italiani nella fascia di età tra i 15 ed i 64 anni ammontavano rispettivamente al 54,5% ed al 9,6%, contro una media della Unione europea a 15 paesi del 63,9% e del 7,4%, Istat, 2003, 181.

(18) Rispettivamente pari al 10,7% nel 2004; 11,9% nel 2007 e nel 2008 sul totale degli occupati, cfr. Istat, 2009, 176.

(19) Rispettivamente pari al 9,9% nel 2004; 10,5% nel 2007 e 11,1% nel 2008, cfr. Istat, 2009, 176.

(20) Rispettivamente pari al 79,4% nel 2004; 77,6% nel 2007 e 77% nel 2008, cfr. Istat 2009, 176.

(21) Inteso come rapporto percentuale tra le persone in cerca di occupazione in età giovane (di solito o 15-29 anni o 15-24 anni) e le forze di lavoro (occupati e persone in cerca di occupazione) della corrispondente classe di età, cfr. *Glossario Istat*, cit.

(22) Il tasso di disoccupazione nella fascia di età fra i 15 e i 29 anni nel 2007 era di 8 punti percentuali superiore in Italia rispetto alla media europea, cfr. CNEL, 2011, 305.

(23) 20,3% nel 2007 (cfr. CNEL, 2012, 305) contro il 23,1% nel 2001 (cfr. Istat, 2012, 246).

ziato un *trend* ascendente (24). La perdita maggiore di occupati nel periodo di recessione si registra nella fascia di età fra i 24 e i 39 anni (25). La cosa non può stupire se si considera che i giovani sono i lavoratori maggiormente occupati con tipologie contrattuali a termine. Queste, infatti, essendo il canale di accesso preferito dalle imprese, finiscono per interessare prevalentemente chi entra per la prima volta nel mercato del lavoro e, inevitabilmente, sono le prime tipologie contrattuali destinate a cessare in caso di calo dell'occupazione. Nel 2010 quasi un occupato su due fra i 15 e i 24 anni è stato assunto come lavoratore a termine (26). Al contempo è diminuito sensibilmente il tasso di uscita dall'occupazione temporanea (27) verso l'occupazione stabile (28). È aumentato, inoltre, in modo considerevole il fenomeno dei “neet” (29), cioè dei giovani che non figurano né come occupati, né come disoccupati, né in formazione (30).

Infine, per quanto riguarda la bassa produttività del mercato del lavoro, a ben vedere la crisi pare essersi limitata ad acuire un dato strutturale dell'economia italiana (31).

Concludendo, il quadro che emerge dall'analisi empirica è quello di un mercato del lavoro: *asfittico*, in quanto caratterizzato da un consistente tasso di disoccupazione e soprattutto da un tasso di occupazione molto basso; *segmentato*, in quanto costellato da una miriade di contratti non standard; *duale*, in quanto ten-

(24) Il tasso di disoccupazione giovanile nella fascia di età tra i 15 e 24 anni è passato dal 21,3% del 2008 al 25,4% del 2009 al 27,8% del 2010 al 29,1% nel 2011 al 35,9% del marzo 2012, cfr. *Istat flash occupati e disoccupati*, cit., rispettivamente anni 2009, 2010, 2011 e marzo 2012.

(25) Meno 293 mila unità nel 2010, cfr. CNEL, 2011, 102; D'Attoma I., Tassinari G., 2011, 5.

(26) Cfr. CNEL, 2011, 118.

(27) Secondo Berton F., Devicienti F., Pacelli L., 2009, il lavoro autonomo non costituisce una significativa porta di accesso al lavoro stabile.

(28) 31% degli assunti con contratto temporaneo nel 2008; 22% nel 2010, cfr. CNEL, 2011, 329.

(29) “Neet” è l'acronimo di “Not in Education, Employment or Training”.

(30) Nella fascia di età 14-24 anni si tratta del: 16% nel 2008 e 18,6% nel 2010; nella fascia di età 25-39 anni si tratta del: 24% nel 2008 e 28,8% nel 2010, cfr. CNEL, 2011, VI.

(31) Osservando i dati riferiti al periodo 1998-2008 e raffrontandoli con il decennio precedente si osserva più un rallentamento dell'Italia e della Spagna, che un'accelerazione degli altri Paesi europei, cfr. CNEL, 2011, 37.

dente a relegare ai margini la forza-lavoro giovanile e, come se non bastasse, *poco produttivo*.

3. *Le responsabilità del diritto del lavoro ed il suo possibile ruolo futuro.*

Se la crisi economica ha peggiorato (non determinato) lo stato del mercato del lavoro appena descritto, il diritto del lavoro ha giocato un qualche ruolo? La dottrina non sembra avere dubbi sul punto. Che la situazione attuale sia, anche (32), il frutto di scelte di politica del diritto in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro, quanto meno per quel che riguarda il fenomeno della sua segmentazione e del suo dualismo, pare evidente se si pone mente alle vicende di inizio millennio.

È in quel periodo, infatti, che i governi di centro destra, dopo aver battuto senza successo, dapprima, la strada dell'abbassamento delle garanzie per il licenziamento (33) e, poi, quella del

(32) Cfr. M.G. Garofalo, 2007, 141 che sottolinea come la segmentazione del mercato del lavoro derivi prima di tutto da fattori sociali: le imprese tendono infatti ad assumere ed a promuovere gli uomini e non le donne, i nativi e non gli immigrati, i c.d. normodotati e non i portatori di handicap, gli eterosessuali e non gli omosessuali ecc. perché li ritengono più produttivi. È proprio per contrastare questi fenomeni che sono state varate le norme che vietano le discriminazioni.

(33) Si fa riferimento al referendum sull'abrogazione dell'art. 18, promosso da radicali, PRI e Forza Italia, del 21 maggio 2000 che non ha peraltro raggiunto il *quorum*. In seguito l'art. 10, d.d.l. n. 848/2001 del 15 novembre 2001 aveva previsto la delega al governo per l'emanazione di « uno o più decreti legislativi per introdurre in via sperimentale (...) disposizioni relative alle conseguenze sanzionatorie a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato ai sensi della l. 15 luglio 1996, n. 604 e, successive modificazioni, in deroga all'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300, prevedendo in alternativa il risarcimento alla reintegrazione, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) conferma dei divieti attualmente vigenti in materia di licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della l. 20 maggio 1970, n. 300, licenziamento della lavoratrice in concomitanza con il suo matrimonio a norma degli articoli 1 e 2 della l. 9 gennaio 1963, n. 7 e licenziamento in caso di malattia o maternità a norma dell'articolo 2110 del codice civile; b) applicazione in via sperimentale della disciplina per la durata di quattro anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi, fatta salva la possibilità di proroghe in relazione agli effetti registrati sul piano occupazionale; c) identificazione delle ragioni oggettive connesse a misure di riemersione, stabilizzazione dei rapporti di lavoro sulla base di trasformazioni da tempo determinato a tempo indeterminato, politiche di incoraggiamento della crescita dimensionale delle imprese minori, non computandosi nel numero dei dipendenti

superamento a tutto raggio del principio di inderogabilità delle norme giuslavoristiche (34), hanno risposto alle richieste di riduzione delle rigidità regolative del fattore-lavoro avanzate dalle imprese, introducendo massicce dosi di “flessibilità ai margini” (35) del lavoro subordinato standard (36). Emblematiche sono state, in principio, la riforma del contratto subordinato a tempo determinato ad opera del d.lgs. n. 368/2001, (che ha allargato decisamente le condizioni d’uso dell’istituto), e poi la rivisitazione o l’introduzione *ex novo* di una molteplicità di contratti di lavoro sia subordinato (contratto di somministrazione, part-time, contratto di lavoro intermittente o a chiamata, contratto di lavoro ripartito, contratto di apprendistato, contratto di inserimento), sia autonomo (lavoro a progetto, lavoro occasionale), sia di tipo ibrido (37) (lavoro accessorio), molti dei quali ulteriormente declinati al loro interno in sotto-figure o varianti regolative (d.lgs. n. 276/2003) (38).

occupati le unità lavorative assunte per il primo biennio, che giustifichino la deroga all’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 ».

La norma è stata poi stralciata e riproposta nel d.d.l. 848-*bis*, che però non ha avuto alcun esito.

(34) Si fa riferimento all’arbitrato secondo equità previsto dall’art. 4, lett. *d*) del d.d.l. 848/2001, norma che, però, non ha mai visto la luce. Sulla materia ha cercato di intervenire dieci anni dopo l’art. 31, l. n. 183/2010, varato dal Parlamento, ma in seguito stralciato perché censurato dal Presidente della Repubblica con conseguente rinvio della legge alle Camere (v. il messaggio del Presidente in www.altalex.com/index.php?idnot=169). L’art. 8, c. 2, l. n. 148/2011 prevede ora che i “contratti collettivi di prossimità” possano disciplinare anche in deroga alle norme di legge molti istituti del rapporto di lavoro fra cui anche le « conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio ». Per una ampia trattazione v. la relazione di Vito Leccese.

(35) Nel testo si utilizzano in modo indifferenziato i termini “flessibilità ai margini”, “contratti flessibili”, “contratti atipici”, “contratti non standard” per indicare tipologie contrattuali di tipo subordinato o autonomo coordinato (lavoro coordinato e continuativo e contratto di lavoro a progetto), diverse dal contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. Per un’attenta ricostruzione dei diversi concetti nelle opinioni della dottrina v. Speziale V., 2007, 8 ss.

(36) Le linee programmatiche dell’azione del Governo in materia di lavoro sono anticipate nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, presentato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nell’ottobre del 2001 (cfr. in particolare 62 ss.).

(37) Marinelli F., 2012.

(38) Cfr. Zoli C. 2004, 359 ss. Sulla c.d. “riforma Biagi” v.: Bellocchi P., Lunardon

Dunque la decisione politica del centro-destra, presa all'inizio dello scorso decennio e poi sempre riconfermata nei successivi interventi di “manutenzione” della materia, è stata quella di non incidere sul modello di riferimento del diritto del lavoro quale si era andato consolidando negli anni precedenti (*id est* il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato di cui all'art. 2094 c.c., con tutto il suo bagaglio di tutele inderogabili, prima fra tutte la disciplina in tema di licenziamento) che, salva la significativa rivisitazione della normativa sull'orario, rimane nella sostanza identico, ma di introdurre una molteplicità di figure di lavoro flessibile quali canali di accesso alternativi e più convenienti per le imprese, vuoi in termini di regole (39), vuoi in termini di costi retributivi (40) e soprattutto contributivi (41).

Tutto ciò è stato amplificato dal fatto che le varie figure — che peraltro si aggiungono a quelle già previste e non riformate (lavoro autonomo, associazione in partecipazione) — non sono state tratteggiate dal legislatore in modo nitido (42) e non emerge per ciascuna una chiara specializzazione funzionale (43). Ne è conseguita in questi anni la possibilità per le imprese di effettuare un vero e proprio “shopping contrattuale” alla ricerca del modello più conveniente ed una prevedibile utilizzazione strategica e in

F., Speziale V., 2004; Brollo M., Mattarolo M., Menghini L., 2004; Carinci M.T., Cester C., 2004; De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L., 2004; Ghezzi G., 2004; Gragnoli E., Perulli A., 2004; Pedrazzoli M., 2004a; Magnani M., Varesi P.A., 2005; Curzio P., 2006; De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G., 2007.

(39) Si pensi all'assenza di stabilità che caratterizza tutte le figure di contratto a termine, per loro natura destinate ad estinguersi automaticamente allo spirare del termine e, dunque, sottratte alla disciplina del licenziamento ed al conseguente controllo del giudice.

(40) Per esempio la modulazione del principio di parità di trattamento in materia di somministrazione o la possibilità del sottoinquadramento nel contratto di apprendistato.

(41) È il caso dell'apprendistato, del lavoro a progetto, del lavoro autonomo.

(42) Cfr. Zoli C., 2004, 359 ss. Si pensi alla nozione di « ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive » (art. 1, d.lgs. n. 368/2001) che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, con riferimento alle quali si è a lungo dibattuto se dovessero ritenersi temporanee o meno; o ancora al dibattito circa il significato da attribuire alla locuzione « progetto, programma o fase di esso » elemento centrale dell'attuale nozione di contratto di lavoro a progetto (art. 61, d.lgs. n. 276/2003).

(43) Per esempio, per valutare le capacità del lavoratore non è raro che le imprese facciano ricorso indifferentemente al patto di prova, al contratto a termine o al contratto di lavoro somministrato.

successione di diverse tipologie contrattuali per sfuggire ai limiti fissati dalla legge, soddisfacendo al contempo un'identica esigenza produttiva (44).

Se quelle descritte sono state le decisioni di fondo, non può stupire che nell'ultimo decennio il lavoro non standard — più flessibile, meno tutelato, meno costoso, polivalente — abbia costituito lo strumento privilegiato di acquisizione della forza-lavoro e la principale porta di accesso per i nuovi assunti, contribuendo, così, a quella segmentazione e segregazione occupazionale, soprattutto dei giovani, rilevata dai dati statistici con conseguenti scarsi investimenti sul capitale umano e impoverimento delle professionalità.

È necessaria, dunque, una correzione di rotta.

Così, per quanto riguarda la produttività, come noto, essa è cresciuta in Italia nell'ultimo decennio ad un ritmo più lento che in qualunque altro Paese europeo (45) (tale andamento negativo è stato solo temporaneamente invertito negli anni 2007-2009, in conseguenza della caduta dell'occupazione dovuta alla crisi economica (46), per riprendere immediatamente nel corso del 2010 con il recupero di una parte delle perdite di prodotto subite in precedenza).

Anche qui pare che il diritto del lavoro possa fare la sua parte. Se è vero, infatti, che il suo sviluppo dipende in prima battuta da strumenti di politica economica che stimolino gli investimenti, l'innovazione, la ricerca e che indirizzino i capitali verso settori produttivi ad alto valore aggiunto, così che si deve prima di tutto intervenire sul dividendo (il valore del prodotto) implicato nel calcolo della produttività, è vero anche che il diritto del lavoro può agire sul divisore (quantità di lavoro), tramite regole che as-

(44) Il panorama è poi arricchito dai coevi interventi in materia di decentramento produttivo (appalto e trasferimento d'azienda) che, pur non introducendo nuove figure di contratto di lavoro, tuttavia incidono sul panorama complessivo rendendo più agevole e meno costoso l'utilizzo indiretto e l'acquisizione indiretta di lavoro subordinato da parte delle imprese.

(45) Cfr. Istat, 2011b.

(46) Cfr. Istat, 2011a, 14. Si tratta del c.d. fenomeno del *labour hoarding* per cui le imprese, pur in presenza di contrazione della domanda, cercano di non disperdere il capitale umano ricorrendo, anziché al licenziamento, ad una riduzione delle ore lavorate. Il mantenimento in servizio di personale in presenza di un calo della produzione determina un innalzamento della produttività.

secondino la creazione di un contesto produttivo polarizzato verso la parte alta della scala del valore.

Se dunque il diritto del lavoro sembra poter giocare un ruolo importante (seppur non decisivo) nella soluzione della crisi, pare opportuno mettere in discussione le scelte di politica del diritto seguite finora.

Certo nessuna riforma del mercato e del rapporto di lavoro può di per sé risolvere tutti i problemi. In particolare l'incremento dell'occupazione, che costituisce la questione fondamentale sullo sfondo della quale si muovono tutte le altre, dipende in misura preponderante da decisioni di politica economica che, stimolando la crescita, conducano ad un aumento della domanda di lavoro. Né si può pensare, d'altra parte, che imprese esposte alla concorrenza in un mercato globale e strutturate secondo moduli organizzativi post-fordisti possano veder obliterata quella dose di flessibilità del fattore lavoro oggi assicurata dai contratti di lavoro "non standard".

Detto questo, però, sembra a chi scrive che una diversa disciplina del mercato e dei rapporti di lavoro possa contribuire non solo a superare i dualismi e la segmentazione oggi in atto ma, anche, ad un diverso modello di sviluppo, più dinamico e soprattutto più equo, preservando i necessari margini di flessibilità nella gestione della forza-lavoro.

SEZIONE II

MODELLI A CONFRONTO

4. *La "ricetta" dell'Unione europea: la flexicurity.*

Si tratta allora di valutare quale modello regolativo possa meglio rispondere allo scopo.

Già nel 2006 la Commissione europea, in un Libro Verde (47),

(47) Cfr. Libro Verde della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006, COM (2006) 708 def., intitolato *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, con riferimento al quale v. i commenti di: Ghera E., 2007, 1006 ss.; Ferraro G., 2007, 1013 ss.; Grandi M., 2007, 1022 ss. Cfr. anche i contributi su *International and European Reflections on Labour Law and Globalisation*, in *Tilburg Law Review*, vol. 14, n. 1&2, 2007.

aprì un dibattito su come « modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo ».

Flexicurity è stata allora la parola-chiave utilizzata dalla Commissione.

Con quel vocabolo — un ossimoro, che vuole conciliare tramite la loro crasi, due termini all'apparenza inconciliabili — la Commissione ha individuato il modello da prendere a paradigma per riformare la regolamentazione lavoristica dei Paesi europei. La ricetta, in breve, consiste nel conciliare la flessibilità nel rapporto (intesa come alleggerimento delle tutele poste a beneficio del lavoratore, disciplina del licenziamento inclusa), con la sicurezza nel mercato, cioè la previsione di forme di assistenza al reddito e di misure attive di sostegno durante i periodi di disoccupazione, tali da garantire un passaggio agevole da un posto di lavoro all'altro. Questo per la Commissione è parso il miglior antidoto per garantire, da un lato, alle imprese quella adattabilità necessaria per rispondere alle sfide del mercato globale e, dall'altro, ai lavoratori, soprattutto a quelli svantaggiati (giovani e donne), il superamento della segmentazione del mercato del lavoro grazie alla sua “fluidificazione”.

Nel dibattito che è immediatamente seguito alla pubblicazione del Libro Verde, anche con l'apporto del Parlamento europeo (48), e poi in modo ancora più marcato nel periodo successivo alla crisi economica del 2008, il concetto di *flexicurity* si è però andato stemperando talmente tanto da finire per indicare più che un modello regolativo, una strategia politica (49) per la riforma dei diritti del lavoro nazionali.

Dagli atti della Commissione, infatti, sembra emergere che i concetti di “flessibilità” e di “sicurezza” riguardino tanto il rapporto quanto il mercato del lavoro, così da poter trovare molteplici modalità di bilanciamento, combinandosi variamente sull'uno e sull'altro piano (50). Ciò significa che la “flessicurezza” do-

(48) Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo dell'11 luglio 2007, (2007/2023(INI)), su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Risoluzione del Parlamento europeo del 29 novembre 2007, (2007/2209(INI)), su *Principi comuni di flessicurezza*. Cfr. Gottardi D., 2007, 477 ss.

(49) Cfr. Valdés Dal-Ré F., 2011, 29 ss.; Zoppoli L., 2012; Delfino M., 2009, 49 ss.; Madsen P. K., 2007, 74.

(50) Zoppoli A., 2007, 536; Delfino M., 2009, 49 ss. Secondo Madsen P.K., 2007, 61

vrebbe essere declinata dagli Stati diversamente a seconda della diversa situazione economico-politica e sindacale (51). D'altra parte, come osservato dalla stessa Commissione, il bilanciamento fra i due fattori può essere indirizzato non solo a favorire la competitività delle imprese e la riduzione della segmentazione del mercato del lavoro (52), ma anche a finalità diverse come la gestione delle transizioni economiche, la riduzione della disoccupazione, l'aumento della produttività del lavoro e l'acquisto di professionalità (53).

La *flexicurity* declinata in questo ampio senso non è altro, allora, che una prospettiva, una lente attraverso la quale esaminare diversi modelli regolativi valutandone il possibile impatto nell'ordinamento italiano.

Prima di affrontare il modello regolativo italiano, che come noto è ancora in corso d'opera (e, anzi, proprio per questo), pare opportuno analizzare come la flessibilità è stata attuata in alcuni paesi a noi vicini in un'ottica di *benchmarking*.

Si inizierà non a caso dalla trattazione dal modello danese, in quanto il mercato del lavoro della Danimarca è stato dal Libro Verde ritenuto il miglior esempio di *flexisecurity* (54).

4.1. *Massima flexibility nel rapporto e massima security nel mercato: la Danimarca.*

Il c.d. triangolo d'oro danese si erge su tre pilastri: una scarsa tutela a presidio della stabilità del rapporto di lavoro; un sostan-

è possibile individuare quattro tipi di flessibilità (numerica, oraria, funzionale e retributiva) e quattro tipi di sicurezza (del posto di lavoro, dell'impiego, economica, relativa alla possibilità di conciliare vita e lavoro) così da dar luogo a sedici potenziali combinazioni e quindi ad altrettante forme di *flexicurity*.

(51) Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2007) 359, def., *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*.

(52) Cfr. Libro Verde, cit.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2010) 682 def., *Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione: Un contributo europeo verso la piena occupazione*.

(53) Cfr. Comunicazione della Commissione, COM (2010) 2020 def., *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*; Comunicazione della Commissione COM (2012) 173 final, *Towards a job-rich recovery*.

(54) Libro Verde, cit., 11.

zioso sostegno al reddito del lavoratore in caso di disoccupazione; efficienti servizi di collocamento volti alla formazione e alla ricollocazione professionale del lavoratore (55).

Per quanto riguarda il primo pilastro, la flessibilità garantita alle imprese risulta massima tanto in entrata, quanto in uscita: da una parte, infatti, non vi sono vincoli di nessun tipo alla stipulazione del contratto a termine (56), dall'altra il licenziamento individuale, pur con differenze in punto di disciplina fra operai e impiegati, è soggetto a brevi termini di preavviso (57), nonché al pagamento di un'indennità per i dipendenti con una elevata anzianità (58). Inoltre sebbene per il caso di *unfair dismissal* (59) la contrattazione collettiva preveda, in alternativa al risarcimento garantito per legge (pari al massimo a 6 mesi di retribuzione per un lavoratore con 15 anni di anzianità), un diritto alla riassunzione, è estremamente raro che i Tribunali accordino quest'ultima tutela.

Quanto al secondo pilastro, ossia la sicurezza economica offerta al lavoratore in caso di disoccupazione, essa risulta molto significativa. Si articola infatti sia in indennità erogate da un sistema assicurativo privato, sulla base di Fondi ad adesione individuale volontaria, alimentati in realtà in larga parte da contributi statali (60), sia in provvidenze economiche a carico del sistema pubblico di sicurezza sociale. L'indennità assicurativa privata a beneficio degli aderenti al Fondo è molto alta (61) e congegnata in modo tale da assicurare la massima copertura ai lavoratori con stipendi bassi, per un periodo massimo di 2 anni (62). Quanto ai

(55) Cfr.: Amoroso B., 2010, 227 ss.; Andersen T.M., 2011; Andersen T.M., Svarer M., 2007, 405; Madsen P.K., 2007, 63 ss.

(56) Cfr. Andersen T.M., Svarer M., 2007, 405; Hasselbalch O., 2010, 69.

(57) Il periodo massimo per gli impiegati dopo quasi 9 anni di servizio è 6 mensilità, cfr. Andersen T.M., 2011.

(58) Gli impiegati con 12, 15 o 18 anni di anzianità hanno diritto rispettivamente a una indennità pari a 1, 2 o 3 mensilità di retribuzione, cfr. Andersen T.M., 2011, 5.

(59) Cioè di licenziamento non riconducibile « alle condizioni dell'impresa o al comportamento o alle condizioni del lavoratore », cfr. Hasselbalch O., 2010, 165 s.

(60) I Fondi sono alimentati in parte dai contributi degli aderenti e, in larga parte, da trasferimenti pubblici a carico della fiscalità generale.

(61) Copre fino al 90% dello stipendio mensile medio dell'ultimo anno entro un tetto di circa € 22.300 lordi annui.

(62) Fino al 2011 di 4 anni, poi ridotto per l'aggravio di costi conseguente alla crisi economica.

sussidi corrisposti dal sistema di sicurezza sociale, essi intervengono, sempre per un periodo massimo di un biennio, allo scadere delle indennità assicurative, per i lavoratori iscritti ai Fondi, e al verificarsi dello stato di disoccupazione, per i non iscritti; la loro entità è variabile ma, ovviamente, molto più bassa rispetto ai fondi privati (63).

Fondamentale, infine, è il sistema pubblico di assistenza del lavoratore finalizzato al reimpiego e alla formazione. Questo terzo pilastro, frutto di una serie di riforme intervenute nell'ultimo decennio del secolo scorso, collega e condiziona il diritto del lavoratore ad usufruire di benefici economici (assicurativi o erogati dal sistema di sicurezza sociale) all'accettazione di offerte di formazione, riqualificazione, *training on the job* ecc. predisposte dai servizi per l'impiego con cadenze temporali e per periodi minimi predefiniti. Con l'introduzione di misure di *workfare* il "triangolo" si è perfezionato ed ha iniziato a dare buoni frutti, abbassando drasticamente un tasso di disoccupazione che aveva raggiunto livelli considerevoli, con pesanti effetti sulle finanze pubbliche (64).

Il modello danese ha dunque funzionato, almeno fino alla crisi del 2008: alla consistente mobilità dei lavoratori ed all'elevato livello di creazione/distruzione di posti di lavoro, con conseguente elevata capacità di adattamento/ristrutturazione delle imprese, ha fatto da contraltare un basso tasso di disoccupazione ed una diffusa percezione di sicurezza fra i lavoratori. La scarsa stabilità del rapporto di lavoro non ha avuto peraltro ricadute negative sulla produttività, che rimane nella media dei paesi europei, grazie soprattutto ad un sistema di formazione ed addestramento fra i migliori dei Paesi OCSE (65).

L'instabilità dell'impiego non ha peraltro comportato un abbassamento del tasso di sindacalizzazione: i Fondi assicurativi sono infatti amministrati dai sindacati — c.d. "sistema Ghent" (66) — e, benché l'accesso sia aperto tanto ai lavoratori iscritti, quanto a quelli non iscritti, in virtù di una semplice ade-

(63) In media si tratta di una indennità inferiore del 20-40% rispetto alle indennità private.

(64) 10% nel 1970, 30% all'inizio degli anni '90, 2,8% nel 2007.

(65) Andersen T.M., Svarer M., 2007, 395.

(66) Così chiamato perché istituito nella città fiamminga ai primi del '900 e vigente in Belgio e nei Paesi scandinavi fin dagli anni '30.

sione al Fondo, l'importo dell'assegno di disoccupazione è sensibilmente più alto per i primi. Il "sistema Ghent" ha così permesso di trasformare in rilevante vantaggio quell'allentamento delle regole in materia di licenziamento (con conseguente più alto rischio di disoccupazione) che costituisce la più alta minaccia non solo per il lavoratore, ma anche per il sindacato che lo rappresenta (67).

Certo la crisi economica ha posto sotto stress il sistema, determinando un'impennata del tasso di disoccupazione (68) ma, a ben vedere, esso è rimasto al di sotto della media europea. Inoltre, il *turnover* appare alto ed il reimpiego dei lavoratori risulta rapido (69), né si sono manifestate tendenze verso una disoccupazione persistente o una segregazione giovanile (70).

L'elogio del modello danese è diffuso; diffusa tuttavia è anche la valutazione circa la sua irriproducibilità in generale (71) e nel sistema italiano in particolare (72). Al di là delle molte differenze fra i due Paesi — quanto ad estensione ed omogeneità territoriale, popolazione, capacità produttiva, reddito pro-capite, livello di scolarizzazione, efficienza della pubblica amministrazione — quello che rileva è l'assenza nel nostro Paese di alcuni requisiti essenziali di contesto su cui quel modello si regge di ordine sia culturale, sia politico-sindacale, sia economico. Prima di tutto, sul piano culturale, forte è il senso civico del cittadino danese, che assolve con rigore al proprio debito fiscale (l'evasione non supera il 5% del PIL) ed utilizza in modo corretto il sistema di sicurezza sociale, a fronte del lassismo imperante in Italia. In secondo luogo, sul piano politico-sindacale, esiste in Danimarca una lunga tradizione cooperativa fra Governo e sindacati ed uno spiccato spirito collaborativo fra le parti sociali che porta ad una regolamentazione condivisa dei rapporti di lavoro, opposta alla tradizione conflittuale che caratterizza il sistema italiano. Sul piano economico il sistema "triangolare" comporta elevati costi e richiede un impe-

(67) Cfr. Leonardi S., 2007, 149 ss.

(68) Più 4-5% nel 2010 con notevole aggravio di costi per le casse dello Stato.

(69) Nel 2008, nel pieno della crisi, il 60% dei disoccupati trovava lavoro entro 13 settimane; l'80% entro 26 settimane.

(70) Cfr. Andersen T.M., 2011.

(71) Madsen P.K., 2007, 70 ss.

(72) Cfr. Riccobono A., 2011, 179 ss.; Garofalo M.G., 2007, 140; Carinci F., 2012a, 14 ss.

gno ingente di risorse pubbliche (73) sostenute da un elevato gettito derivante dalla tassazione sul lavoro (74), che peraltro l'efficienza del sistema e i bassi tassi di disoccupazione e inoccupazione permettono di contenere (75). Si tratta di un impegno economico inarrivabile per l'Italia se solo si pensa che attualmente gli investimenti sui servizi per l'impiego sono nel nostro paese pari allo 0,03% del PIL (76).

La pietra fondante del “triangolo d'oro”, dunque, è un diffuso senso di fiducia, che permette a tutti gli attori del mercato del lavoro di confidare che ciascuno agirà per il bene comune. Un sentire che non fa parte del sistema italico.

Certo anche da noi, sul piano della *security*, sarebbe auspicabile andare nella direzione di un sostegno al reddito del lavoratore disoccupato più significativo e universalistico, allargato ai lavoratori discontinui che costituiscono la componente in ascesa del mercato del lavoro e di un più efficiente sistema di politiche attive per il lavoro. Al contrario, sul piano della *flexibility*, il riconoscimento di una piena e incontrollata libertà di recesso in capo al datore di lavoro risulterebbe in contrasto con i principi di diritto interno, di diritto internazionale e comunitario che impongono la giustificazione del licenziamento, come si dirà (v. *infra* § 5.3.7).

4.2. *Solo flexibility in uscita dal rapporto: il licenziamento libero “indennizzato” in Francia.*

Se si torna a leggere il Libro Verde ci si accorge che il modello di *flexicurity* proposto — al di là di quello danese esplicitamente richiamato — sembra andare assai più verso la flessibilità, e assai meno verso la sicurezza (77).

La prospettiva da cui parte la Commissione è, infatti, quella della primazia delle ragioni dell'economia su quelle del diritto del lavoro, cui viene lasciata una funzione meramente ancillare (78). In-

(73) Pari attualmente al 3-4% del PIL.

(74) Pari oggi al 50% del PIL.

(75) Cfr. Taino D., 2012; Carinci F., 2012a, 14 ss.

(76) Cfr. Barbieri F., 2012.

(77) Cfr. Garofalo M.G., 2007, 143; con diversi accenti Barbera M. *et alii*, 2008, 213 ss.; Perulli A., 2007, 21 ss.; Hendrickx F., 2007, 104.

(78) Così Zoppoli L., 2012, 2; Valdés Dal-Ré F., 2011, 39 s.

fatti, da un lato, il diritto del lavoro tradizionale, incentrato sul lavoro standard, viene presentato come fattore disfunzionale che scoraggia nuove assunzioni e non consente dinamismo all'impresa e, dall'altro, i lavori flessibili introdotti per ovviare a quelle rigidità vengono additati come la causa della segmentazione del mercato del lavoro. La soluzione proposta dal Libro Verde per superare entrambe le questioni è la revisione al ribasso della legislazione protettiva del lavoro subordinato standard, così da adeguarla al livello di tutela dei contratti flessibili. In questo contesto si raccomanda in particolare agli Stati di rivedere la disciplina del licenziamento per quanto attiene ai termini di preavviso, i costi e le procedure di licenziamento individuale o collettivo o la definizione del licenziamento abusivo.

La posizione fatta propria nel Libro Verde non è peraltro isolata. La linea di pensiero liberista di cui è espressione — propugnata da una parte della dottrina economica (79), la corrente neoclassica (80) — ricorre con insistenza in svariati documenti emessi da organismi internazionali: dall'OCSE (81), al Fondo Monetario Internazionale, alla Banca centrale europea (82). Il “mantra” è sempre lo stesso: si invitano gli Stati a diminuire le tutele del lavoro, ieri, per favorire il *turnover* dei lavoratori e superare la segmentazione del mercato del lavoro; oggi, in piena crisi, per non ostacolare la ripresa economica (83).

In effetti la strada dell'ampliamento della “flessibilità” in uscita è stata percorsa negli ultimi anni da (almeno) (84) un Paese

(79) Cfr. Blanchard O., Tirole J., 2004, 161 ss.; Cahuc P., Kramarz F., 2005.

(80) Cfr. Del Punta R., 2001, 3 ss.; Deakin S., Wilkinson F., 1999, 587 ss.

(81) Cfr. OCSE, 2001.

(82) Cfr. *Bollettino* del 16 febbraio 2012, in *Bollettini mensili della Banca Centrale Europea*, in www.bce.int. Cfr. anche la lettera della BCE al Governo italiano del 5 agosto 2011, in cui si richiede una « revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento », disponibile al sito http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227_PRN.shtml.

(83) Cfr. Perulli A., Speziale V., 2011.

(84) Anche in Spagna nel 2002, con riferimento al licenziamento disciplinare (Ley 45/2002) e, successivamente, anche con riferimento al licenziamento economico (Ley 43/2006, Ley 35/2010), ad una esasperata flessibilità in entrata “ai margini” del lavoro standard, è stata affiancata anche una forma di flessibilità “in uscita”, costituita dal c.d. *despido exprés*, ora abrogato dalla riforma del febbraio 2012 (*Rèal Decreto Ley 3/2012*, art. 19). Ai sensi del testo allora vigente dell'art. 56.2 dello Statuto dei lavoratori spagnolo era data facoltà al datore di lavoro entro 48 ore dal licenziamento di riconoscerne l'*improcedencia*, ovvero il vizio del licenziamento, offrendo al lavoratore l'indennità di licenziamento

a noi molto vicino per dimensioni, cultura, sviluppo, struttura del mercato del lavoro: la Francia. Nell'intento dichiarato di favorire le assunzioni a tempo indeterminato, soprattutto dei giovani, nonché di stimolare la crescita ed arginare la disoccupazione, il legislatore francese negli anni scorsi ha infatti rivisto al ribasso la disciplina del licenziamento individuale. Benché l'incompatibilità dello strumento con l'ordinamento sovranazionale abbia in breve determinato il tramonto di tale disciplina, non pare inutile darne conto ora che anche l'Italia si accinge a modificare la disciplina del licenziamento. Le scelte d'oltralpe costituiranno anche l'occasione per fare qualche riflessione sull'utilità pratica del potenziamento della "flessibilità in uscita", ai fini di assecondare la crescita economica e contrastare la disoccupazione.

La Francia, a metà degli anni 2000, presentava una regolamentazione del mercato del lavoro non dissimile da quella italiana (85). Da una parte, accanto al contratto di lavoro subordinato standard, erano presenti una congerie di contratti di lavoro "speciali" — dal contratto a termine, al contratto di lavoro temporaneo, a figure di contratto di inserimento e professionalizzanti (86) — caratterizzati dalla predeterminazione della durata e/o dalla riduzione dei costi, in particolare quelli legati alla *rupture* del contratto di lavoro, rendendo così quei contratti più appetibili per il datore di lavoro. Dall'altra la disciplina del licenziamento nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato appariva rigida: divieto a pena di nullità del licenziamento discriminatorio,

e depositandola contestualmente presso il *Juzgado de lo Social*; in tal modo veniva esclusa la maturazione del c.d. salario *de tramitación* cioè delle retribuzioni dal licenziamento alla sentenza. La figura del licenziamento *expres* volta ad incentivare le transazioni e a deflazionare il contenzioso, ha finito nella sostanza per tradursi in una forma di licenziamento "libero indennizzato" sottratto al controllo del giudice e come tale molto conveniente. Proprio per questa ragione è stato ampiamente utilizzato dalle imprese. Si è anzi constatato, in particolare quando la figura era ammessa solo per il licenziamento per motivi soggettivi, che i datori di lavoro preferivano in ogni caso, anche in presenza di licenziamenti per motivi economici, dichiarare la ragione soggettiva, pur connessa ad una più cospicua indennità di licenziamento, piuttosto che rischiare il vaglio giudiziale. Per una ricostruzione delle vicende dell'istituto anche con riferimento al suo impatto sul complessivo sistema dei licenziamenti cfr. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer M., 2010, 16 s.; Id., 2009, 1 ss.; Goñi Sein J.L., 2010, Lahera Forteza J., 2009, 45 ss.; Gorelli Hernández J. 2010a, 65; Id., 2010b, 240.

(85) Cfr. Martelloni F., Pasquier T., 2006, 779 ss.

(86) Cfr. nel dettaglio Pélissier J., Auzero G., Dockès E., 2010; per uno sguardo sintetico Carinci F., 2012a, 17 ss.

con conseguente tutela reintegratoria e risarcitoria, rapportata alle retribuzioni non percepite (87); assoggettamento a regole procedurali, diversificate a seconda del tipo di licenziamento (88) e, soprattutto, un generale obbligo di giustificazione *réelle et sérieuse* (89), seppur non a pena di invalidità (90).

Di fronte a questo panorama, la Francia ha varato due nuovi contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato: il *Contrat Première Embauche (CPE)*, e il *Contrat Nouvelle Embauche (CNE)* — distinti in ragione dei destinatari (91), ma complessivamente diretti ad un'ampia platea di soggetti (92) — caratterizzati dal fatto di essere esclusi per un periodo iniziale di due anni, detto di *consolidation*, dalla regola del licenziamento giustificato. Alla base dell'intervento riformatore c'era l'idea che i due nuovi contratti, potessero convogliare la forza-lavoro verso il contratto standard e in tal modo costituire il primo passo verso quel *Contrat Unique d'insertion (CUI)* che, nelle intenzioni del legislatore (93), avrebbe concretizzato la *flexicurity* propugnata dal Libro Verde.

(87) Il lavoratore può però non esercitare il diritto alla reintegrazione e chiedere soltanto l'attribuzione del *dommage et intérêt*, in questo caso ha diritto a diverse indennità: *indemnité de rupture*, *indemnité de licenciement*, *indemnité de préavis* cfr. Pélissier J., Auzero G., Dockès E., 2010, 553.

(88) Le regole procedurali sono diverse a seconda che il licenziamento sia disciplinare, individuale per motivi economici o collettivo.

(89) *Licenciement pour motif personnel*, *licenciement pour motif économique*.

(90) Cfr. Pélissier J., Auzero G., Dockès E., 2010, 546: in caso di licenziamento privo di una causa *réelle et sérieuse*, il giudice — se l'impresa occupa almeno 11 dipendenti e il dipendente licenziato vanta almeno 2 anni di servizio — può condannare il datore alla reintegrazione (che però costituisce il contenuto di una mera proposta che le parti possono o meno concordemente accettare), o, in alternativa, condannare il datore ad una indennità di *rupture du contrat*, rapportata al pregiudizio subito dal lavoratore e comunque non inferiore a 6 mensilità di retribuzione. L'indennità di *rupture du contrat* si somma all'indennità di licenziamento, dovuta ad ogni lavoratore impiegato da almeno 1 anno.

(91) Il *CPE* è rivolto ai giovani di età inferiore ai 26 anni in cerca di occupazione da almeno 6 mesi; il *CNE* è destinato alle imprese con meno di 20 dipendenti, quale che sia l'età del lavoratore.

(92) Cfr. Carinci F., 2012a, 18 che riporta come le imprese con meno di 20 dipendenti costituiscono « il 96% di quelle esistenti, responsabili del 29% degli occupati ».

(93) In realtà lo spostamento del fulcro della disciplina dall'"asse verticale" proprio del modello della "flessibilità ai margini", all'"asse longitudinale" implicato dalla ricercata concatenazione fra *CPE/CNE* e contratto standard, per via delle scelte regolative in concreto adottate, non era in grado di raggiungere gli obiettivi che si proponeva. Due sembrano i punti deboli del modello: la durata eccessivamente lunga del periodo di *conso-*

Nonostante la brevità di quell'esperienza, ormai consegnata al passato (94), pare interessante focalizzare l'attenzione sulle regole allora previste in tema di licenziamento, in particolare con riferimento al *CNE*, l'unico che ha avuto concreta applicazione.

Come anticipato, il *CNE* costituiva un normale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, soggetto però nei primi due anni alla regola del licenziamento *ad nutum* e, quindi, sottratto alle tutele del licenziamento ingiustificato. Ne conseguiva che, in via di principio, il licenziamento non era sottoposto al controllo del giudice, fatta salva l'ipotesi, espressamente prevista dalla legge, in cui il lavoratore potesse fornire elementi che indicassero la natura discriminatoria dell'atto oppure, in via interpretativa, in applicazione dei principi civilistici, potesse provare un *abus de droit* (95). Come contropartita della *rupture* in sé e per sé considerata il datore doveva sopportare un costo pari al 10% della retribuzione lorda complessiva, da corrispondere in parte al lavoratore e in parte all'*assurance chômage* (96), ma l'importo era

lidation e il *gap* eccessivo relativo alle conseguenze del licenziamento nella fase di *consolidation* e nella successiva fase di normale svolgimento del rapporto.

(94) Il *CPE*, introdotto da *loi* n. 2006-396 del 31 marzo 2006 osteggiato dall'opinione pubblica ed in particolare dal movimento giovanile è stato ritirato dal Governo dopo 3 settimane dal suo varo; il *CNE*, introdotto con ord. 2005-893 e d. n. 2005-894 entrambi del 2 agosto 2005, invece, è rimasto in vigore per 3 anni, fino al 2008, quando, preso atto dell'illegittimità per contrasto con la convenzione OIL 158/1982 (cfr. Cour d'Appel de Paris 6 juillet 2007 n. 06/06992 Cour de cassation Chambre sociale, 1 juillet 2008 n. 07-44124), è stato abrogato e sostituito da un nuovo istituto, la *rupture conventionnelle*. In particolare *loi* n. 2008-596 del 25 giugno 2008, art. 9 ha esteso ai *CNE* in corso le regole del normale contratto a tempo indeterminato.

La *rupture conventionnelle* è un accordo, soggetto ad omologazione amministrativa, con cui le parti definiscono i trattamenti economici che conseguiranno in caso di risoluzione del contratto di lavoro entro un certo periodo di tempo; a garanzia della genuinità del consenso il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante sindacale o d'impresa; è previsto un intervallo minimo di 15 giorni tra la firma della convenzione e la sua trasmissione alla autorità amministrativa per la omologazione nel corso dei quali può esercitarsi il diritto di ripensamento; infine l'indennità da corrispondere al lavoratore non può essere inferiore a quella in generale prevista per il licenziamento. Una volta omologata la convenzione, non trovano applicazione le consuete tutele in materia di licenziamento.

(95) In tal caso la prova grava sul datore di lavoro, cfr. Martelloni F., Pasquier T., 2006, 795.

(96) Il datore era tenuto a pagare, al dipendente, l'8% della retribuzione lorda complessiva e, agli organi di gestione dell'*assurance chômage*, una contribuzione di solidarietà pari al 2% della stessa retribuzione.

senza dubbio contenuto, se rapportato all'enorme vantaggio che conseguiva in termini di certezza del diritto alla sottrazione del licenziamento al controllo giudiziale (97).

L'idea alla base del *CNE*, con riferimento al periodo di *consolidation*, era dunque quella di escludere il controllo giudiziale del licenziamento, foriero di incertezze e di costi imprevedibili e di introdurre in sua vece l'obbligo a carico del datore del pagamento di una "tassa", volta a compensare sia le conseguenze patite dal singolo lavoratore, che quelle sociali a carico della collettività. Sulla scorta di quella dottrina economica (98) — che muove dal presupposto che il datore di lavoro sia un agente razionale i cui comportamenti sono coerentemente rivolti al profitto — il legislatore francese riteneva che l'"internalizzazione" di tutti i costi del licenziamento, individuali e sociali, fosse lo strumento migliore per garantire il più efficiente funzionamento del sistema. Insomma, il datore di lavoro — secondo il *principe pollueur-payeur* — doveva farsi carico delle "esternalità negative" del proprio lecito atto di recesso; in questo modo, in quanto agente razionale, sarebbe stato in grado di adottare fra le varie scelte possibili, quella più consona al complessivo buon funzionamento del sistema.

Una regolamentazione siffatta, che qualcuno ha proposto di esportare anche in Italia (99) è in contrasto con il principio di giustificatazza del licenziamento, riconosciuto come principio fondamentale a tutela del lavoratore nel diritto interno (100), inter-

(97) Osserva Carinci F., 2012a, 19 che il *CNE* era concorrenziale sia rispetto al patto di prova incorporato in un contratto a tempo indeterminato (che secondo la Corte di cassazione non può, però, durare più di 6 mesi, né essere risolto prima del suo svolgimento e mai per un motivo economico) sia rispetto al contratto a termine (stipulabile tuttavia solo in presenza di un bisogno temporaneo debitamente circoscritto e risolubile *ante tempus* solo per "*faute grave*").

(98) Cfr. Blanchard O., Tirole J., 2004, 161 ss.

(99) Pietro Ichino da tempo sottolinea, con riferimento al licenziamento per motivi economici, l'opportunità di superare l'attuale sistema centrato sulla causalità dell'atto di recesso e sul conseguente controllo del giudice, per accedere ad un diverso modello in cui il datore di lavoro sia chiamato, in modo automatico e generalizzato, al di fuori di ogni vaglio giudiziale, a sopportare un costo, il c.d. *firing cost*, fissato dalla legge per il licenziamento in sé, cfr. Ichino P., 1996, 105 ss.

(100) Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

nazionale (101) e comunitario (102). E ben a ragione, considerato che in ogni atto di licenziamento è immanente una dimensione di potere, che richiede adeguata protezione della persona del lavoratore che a quel potere è soggetto (103).

È da dubitare, inoltre, che la scelta di diminuire in modo drastico i vincoli (e i costi) del licenziamento possa essere considerata la strategia vincente per uscire dalla crisi economica. Infatti sebbene la strada indicata quasi ossessivamente dagli organismi internazionali segua la direzione ora descritta, questi ultimi sembrano mostrare qualche segnale di ripensamento, tanto più significativo in considerazione della fonte da cui proviene. In particolare il Fondo Monetario Internazionale nel documento preparatorio della Conferenza congiunta con l'Organizzazione internazionale del Lavoro del settembre 2010 (104), nell'esaminare le ragioni che hanno determinato l'enorme crescita della disoccupazione in alcuni Paesi, pone, fra le prime cause, la caduta della domanda aggregata. Quest'ultima sarebbe stata innescata dalle crescenti disuguaglianze non solo all'interno di alcuni Paesi, ma anche fra Paesi, determinando un decremento dei consumi, quindi una crescita modesta, nonché un aumento dell'indebitamento privato. Alla base di tutto il processo — ed è questo il passaggio più interessante — vi sarebbe anche l'indebolimento delle istituzioni del mer-

(101) V. nota 153.

(102) Cfr. § 5.3.7.

(103) Eliminare la giustificazione del licenziamento e sostituirla con il pagamento di una somma vuol dire — a parere di chi scrive — obliterare una delle dimensioni immanenti ad ogni atto di licenziamento: la dimensione del potere. Se, in fatto e in diritto, la posizione delle parti nell'ambito del rapporto di lavoro è squilibrata a favore del datore di lavoro, il riequilibrio voluto dal sistema si realizza in larga misura per il tramite dei limiti giuridici che l'ordinamento appresta al potere di licenziamento, assicurando così, al contempo, effettività a tutte le posizioni giuridiche del lavoratore azionabili in costanza di rapporto. La giustificazione del licenziamento, *con il conseguente controllo del giudice (o di altro organo imparziale)*, segna infatti il limite entro il quale l'ordinamento ammette il legittimo esercizio del massimo potere di supremazia del datore di lavoro — deputato a porre fine alla relazione giuridica da cui il lavoratore trae i mezzi di sostentamento e di vita — e disegna così, simultaneamente, l'area entro la quale l'ordinamento garantisce rispetto e considerazione per la dimensione del lavoratore come persona. Cfr. Napoli M., 2002. Con riferimento alla riforma *in itinere* v. Romagnoli U., 2012 che incisivamente afferma: « i diritti non si possono disinvoltamente rimodulare e nessuno conosce l'alchimia che permetta di spalmarli come se fossero marmellata ».

(104) Cfr. *International Monetary Fund, International Labour Organization*, 2010.

cato del lavoro a protezione dei lavoratori indotto dalla globalizzazione. Anzi, viene riconosciuta l'importanza della c.d. "dinamica della disuguaglianza" (105) che sarebbe una delle cause alla base della crisi dei *subprime* verificatasi negli Stati Uniti nel 2008 (106).

Queste analisi dimostrano che la linea di politica del diritto che vuole *sic et simpliciter* l'abbassamento delle tutele dei lavoratori in vista di una miglior *performance* competitiva delle imprese sul piano globale è perdente; lo è perché si muove nella logica di assecondare non un modello di sviluppo espansivo che punti sull'investimento in settori ad alto valore aggiunto — che vuole forza-lavoro qualificata, aggiornata, motivata, quanto, piuttosto, un modello conservativo centrato sul risparmio del costo del lavoro — che richiede forza-lavoro precaria, mobile, transitoria.

Questo secondo modello non solo non può avere successo nella competizione con Paesi con costi del lavoro e protezioni sociali molto inferiori alle nostre ma rischia, ancor prima, di innescare con la caduta della domanda interna di beni e servizi, spirali al ribasso con effetti depressivi sull'intero sistema economico.

4.3. Flexibility (*e security*) nel rapporto: la Germania.

Fra i Paesi a noi più vicini è la Germania, in un quadro complessivo di incentivi agli investimenti, all'innovazione e alla ricerca, ad aver dato la preferenza ad un modello regolativo volto non *sic et simpliciter* ad abbassare le tutele in vista di una gestione più flessibile della forza lavoro ma, piuttosto, ad introdurre forme di flessibilità idonee a stimolare l'efficienza e la produttività del lavoro.

In effetti la sua produttività è rimasta la più alta d'Europa (107). Rispetto ai modelli di *flexicurity* presi in esame, la Germania ha infatti scelto di puntare non sulla flessibilità "ai margini" e/o "in uscita", nell'ottica dell'adeguamento numerico della

(105) Cfr. KRUGMAN P., 2009, 203 ss.

(106) L'impoverimento della classe media negli Stati Uniti — determinato anche dalla discesa dei salari — sarebbe stato alla base, infatti, dell'enorme ricorso al credito da parte dei privati, cui il sistema creditizio avrebbe fatto fronte tramite l'emissione di titoli e derivati.

(107) Cfr. CNEL, 2011, 34 ss.

forza-lavoro al fluttuare delle esigenze produttive, ma sulla flessibilità nell'ambito del rapporto standard, al fine di assecondare sì l'adattamento quantitativo e/o qualitativo della forza-lavoro ma, al contempo, anche di mantenere saldo il legame tra lavoratori e imprese, valorizzando il capitale umano. Non è dunque il continuo *turnover* dei lavoratori, ma le modifiche di contenuto della relazione contrattuale in essere che permette all'impresa di adattarsi alle mutevoli richieste del mercato (108).

Certo questo non significa che la Germania non conosca i contratti di lavoro flessibile *a latere* del contratto di lavoro subordinato standard. Anche il legislatore tedesco a partire dagli anni '80 del secolo scorso ha infatti proceduto a regolare o reregolare figure quali il contratto a termine, il contratto di lavoro part-time, il contratto di lavoro somministrato, forme di "mini-lavori" ad orario ed entrate ridotti esentati da quasi tutti gli oneri contributivi (109). I dati dimostrano, però, che queste figure non sono state utilizzate dalle imprese tedesche come canale generalizzato di reclutamento dei nuovi assunti, ma sono servite prevalentemente per acquisire forza-lavoro non specializzata e periferica (110). Viceversa, il contratto di lavoro subordinato tipico, presidiato da una rigida disciplina "in uscita", ma reso adattabile al suo "interno", ha continuato a rimanere al centro del sistema come forma privilegiata di accesso dei lavoratori da adibire alle attività *core* dell'impresa.

(108) Simile al modello tedesco è quello olandese, sul quale cfr. Jacobs A., 2003, 644 ss.

(109) Già nel 1985 il legislatore tedesco, con l'approvazione della legge per la promozione dell'occupazione (pubblicata in *RIDL*, 1985, III, 131 ss. a cura di Gaeta L. e con commento di Däubler W., 1985, 528 ss.) ha puntato sulla regolamentazione dell'orario di lavoro flessibile, disciplinando il rapporto di lavoro a tempo parziale, nonché la c.d. clausola di "Kapovaz". Quest'ultima consiste in una clausola speciale apponibile al contratto di lavoro a tempo parziale che attribuisce al creditore la facoltà di richiedere l'esecuzione della prestazione durante i periodi in cui ne ha effettivamente bisogno, determinando unilateralmente l'*an* e il *quantum* del tempo di lavoro, esclusivamente in funzione delle proprie esigenze.

(110) Così per es. il contratto a termine, regolato in senso meno restrittivo nel 1996, è cresciuto solo del 2% fra il 1985 e 2003, mentre il lavoro somministrato introdotto nel 1972 e reregolato nel 2003 è aumentato sì dal 1,3% nel 2005 al 2,8% nel 2007/2008 ma ha interessato prevalentemente personale impiegatizio non specializzato ed è stato utilizzato per missioni molto brevi (in media della durata di 2,1 mesi nel 2003), cfr. rispettivamente: Vogler-Ludwig K., 2006; Burda M.C., Hunt J., 2011.

La disciplina “in uscita” appare, lo si è detto, rigida in quanto il licenziamento (111) individuale (112), nelle imprese che occupano più di 10 dipendenti (113) deve essere: *a*) “socialmente giustificato” e cioè rientrare in uno dei tre presupposti legalmente previsti (motivi attinenti alla persona del lavoratore, al suo comportamento o a esigenze stringenti dell’unità di lavoro); *b*) rispettoso del principio legale di *extrema ratio* che comporta l’ingiustificatazza del recesso se il lavoratore è reimpiegabile alle stesse condizioni, eventualmente dopo una “ragionevole” fase di formazione, o se comunque accetta condizioni di lavoro diverse (114); *c*) susseguente rispetto a una comunicazione scritta, a pena di inefficacia, al consiglio aziendale, ove esistente, e, in caso di parere sfavorevole di quest’ultimo, inefficace, sempre che il lavoratore adisca il giudice, fino alla definizione della causa in primo grado (115); *d*) soggetto, infine, al controllo del giudice che, ove ravvisi il difetto di giustificazione, ordina la reintegrazione del lavoratore o in alternativa, su richiesta di una delle parti e sempre che vi siano predefinite condizioni (116), il pagamento di un’indennità entro il limite

(111) Sul sistema tedesco, quale risultante dalle modifiche delle leggi Hartz del 2003 cfr.: Corti M., 2005, 383; Ales E., 2012, 3. Per una traduzione della disciplina tedesca della disciplina in materia di licenziamenti v. Borzaga M., Bolego G., 2005, 93 ss.

Le modifiche introdotte nel 2003 hanno riguardato alcuni specifici aspetti: è stato elevato il limite dimensionale delle imprese assoggettate alla disciplina (da più di 5 a più di 10 dipendenti); sono stati unificati i termini per l’impugnazione giudiziale del licenziamento (3 settimane a prescindere dai motivi posti a base del licenziamento); è stato introdotto un diritto all’indennità di licenziamento, offerta dal datore contestualmente all’intimazione del recesso, nel caso in cui il lavoratore non impugni il licenziamento nei termini prescritti.

(112) Il licenziamento collettivo nel sistema tedesco è considerato una somma di licenziamenti individuali per motivi attinenti all’impresa, soggetto ad ulteriori specifici vincoli volti a limitarne l’impatto sociale, cfr. Corti M., 2005, 371 s.

(113) La disciplina di cui si dà conto nel testo si applica alle imprese che occupano più di 10 lavoratori. Tuttavia il Tribunale federale tedesco ha previsto che anche nelle imprese minori il licenziamento “capriccioso”, discriminatorio o totalmente immotivato o comunque disposto senza tener conto dei criteri sociali di scelta del lavoratore da licenziare debba essere ritenuto nullo in quanto non rispettoso dei canoni di correttezza e buona fede, cfr. Corti M., 2005, 379.

(114) Il licenziamento per motivi attinenti all’attività aziendale è ingiustificato anche se non rispetta i criteri di scelta legalmente previsti.

(115) Cfr. Däubler W., 1981, 387 s.; Jacobs A. 2011, 76.

(116) Sottolinea Corti M., 2005, 376, che il lavoratore può effettuare la richiesta quando non si possa pretendere da lui la prosecuzione del rapporto (per es. perché è pro-

massimo fissato dalla legge (di norma 12 mensilità; 15 o 18 mensilità per i lavoratori più anziani). A ciò si aggiunga che, salva l'ipotesi di "giusta causa", il licenziamento produce effetti allo scadere del termine di preavviso, di durata variabile (fra 4 settimane e 7 mesi), in dipendenza dell'anzianità del lavoratore.

Se, dunque, la disciplina "in uscita" dal lavoro standard è rigida, flessibili appaiono invece le regole "interne" al rapporto, soprattutto con riferimento all'orario di lavoro.

In questo contesto vengono in considerazione sia strumenti di lunga tradizione previsti dalla legge, come il "lavoro a tempo ridotto" (*Kurzarbeit*) (117), simile ai nostri contratti di solidarietà, sia, soprattutto, figure più recenti, introdotte dalla contrattazione aziendale (118).

babile che il datore non lo tratterebbe correttamente), invece il datore può effettuare la richiesta quando è prevedibile che la collaborazione del lavoratore non sarà più utile all'azienda anche se « di solito la giurisprudenza tedesca concede lo scioglimento su richiesta del datore soltanto quando il comportamento del lavoratore dopo il licenziamento si sia dimostrato incompatibile con la prosecuzione del rapporto, anche se normalmente non si pretende che la condotta del lavoratore integri gli estremi del giustificato motivo di licenziamento ». Nello stesso senso cfr. Ales E., 2012, 3.

(117) Per la disciplina dell'istituto cfr. Vogler-Ludwig K., 2006, 4. Per le modifiche introdotte durante la crisi economica cfr. Burda M.C., Hunt J., 2011, 17. In sostanza il datore di lavoro è ammesso a ridurre l'orario dei propri dipendenti in presenza di cali temporanei della produzione e per periodi limitati di tempo ed il reddito del lavoratore è integrato in parte da benefici pubblici. Il *kurzarbeit* è soggetto comunque ad alcune "condizioni d'uso": la riduzione opera per un periodo limitato di tempo; deve essere autorizzato dal Consiglio di fabbrica che ne monitora l'applicazione; il datore di lavoro è spesso chiamato, in virtù di appositi accordi, ad integrare le corresponsioni erogate al lavoratore ed è tenuto in ogni caso a versare (una parte de)i contributi previdenziali e assicurativi; il lavoratore vede in ogni caso decurtato il proprio reddito. Così, sebbene durante la crisi economica il legislatore sia intervenuto per ampliare alcune delle condizioni d'uso descritte — estendendo per es., a certe condizioni, il periodo di fruizione dell'istituto da 6 a 24 mesi; riducendo il numero di lavoratori che devono essere coinvolti necessariamente per fruire dell'istituto; diminuendo i contributi assicurativi a carico dell'impresa ecc. —, tuttavia, a differenza che in passato, non è stato molto utilizzato durante la crisi economica iniziata nel 2008.

(118) Il ricorso alla flessibilità interna numerica ad opera della contrattazione collettiva non è certo una novità in Germania. Basti ricordare lo storico accordo Volkswagen del 1993 che, per fronteggiare la più importante crisi economica automobilistica di quegli anni, portò ad una riduzione dell'orario di lavoro a 28,8 ore alla settimana, distribuite su 4 giorni, pur mantenendo sostanzialmente invariata la retribuzione mensile. Da quell'accordo è scaturita l'invenzione di una pluralità di modelli di orario finalizzati a consentire una gestione flessibile della durata della prestazione.

In Germania, infatti, sia la legge (*Arbeitszeitgesetz* del 1994), sia i contratti collettivi nazionali prevedono regole molto elastiche in materia di orari di lavoro, limitandosi nella sostanza a fissare limiti massimi settimanali o annuali di durata della prestazione lavorativa. Sono poi gli accordi di codeterminazione ad individuare una pluralità di modelli di orario, nell'ambito dei quali non di rado è data allo stesso lavoratore la facoltà di scelta (c.d. *Cafeteria-Prinzip*). I sindacati tedeschi, insomma, hanno da tempo superato l'atteggiamento volto a privilegiare soluzioni unitarie, che garantiscono maggior uniformità nella determinazione degli orari, per assecondare il ricorso a modelli contrattuali flessibili, nella consapevolezza che queste soluzioni consentono all'impresa un recupero di competitività ed evitano, in presenza di situazioni di crisi, i licenziamenti.

Fra questi modelli possono essere ricordati "l'orario scorrevole" (*Gleitende Arbeitszeit*), che permette al lavoratore di scegliere quando entrare e quando uscire dall'azienda o dall'ufficio nel rispetto di una fascia oraria di presenza obbligatoria (*Kernzeit*); "l'orario di lavoro di gruppo" (*Arbeitszeitteam*), che si realizza quando l'azienda affida un determinato compito o obiettivo ad un gruppo di lavoratori, ai quali viene riconosciuta la possibilità di determinare autonomamente, all'interno di vincoli prestabiliti, la distribuzione dell'orario di lavoro, salvo intervento della direzione aziendale in caso di conflitti fra i lavoratori o di decisioni incompatibili con le esigenze dei clienti; il "conto corrente ore" o "banca ore" (*Arbeitszeitkonto*), che permette all'impresa, ferma restando la retribuzione mensile, di utilizzare il lavoratore in modo variabile, al fluire delle esigenze produttive, nell'ambito di archi temporali predefiniti, e al lavoratore di godere di periodi di non lavoro da utilizzare per esigenze personali. Questa figura, in particolare, ha avuto un ruolo notevole nella conservazione dei posti di lavoro durante la crisi iniziata nel 2008: le imprese hanno preferito conservare la forza-lavoro in essere, in attesa della ripresa economica, piuttosto che licenziare lavoratori a cui avrebbero comunque dovuto corrispondere il corrispettivo delle ore accumulate, oltre che l'indennità di preavviso (119).

L'Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung ha stimato

(119) Con riferimento al ruolo della "banca ore" cfr. Burda M.C., Hunt J., 2011; v. anche Atkins R., 2012.

prima della crisi che circa l'80% delle imprese tedesche ha fatto ricorso, per fronteggiare una maggiore richiesta di ordinativi, agli strumenti di "flessibilità interna" (120).

L'idea della Germania, consistente nel declinare la *flexibility* all'interno del rapporto di lavoro, sembrerebbe, dunque, vincente e, pertanto, da prendere ad esempio in un'ottica *de iure condendo*. Non si può tuttavia sottacere che il modello regolativo appena tratteggiato si cala in un contesto di rapporti fra capitale e lavoro molto diverso dal nostro, in quanto non conflittuale ma, anzi, fortemente collaborativo (121). Per un verso in ambito aziendale operano due canali di tutela collettiva: quello della rappresentanza istituzionale degli interessi impersonata dal *Betriebsrat*, organo storico a cui sono attribuiti estesi poteri di codeterminazione e anche di codecisione su diverse e rilevanti questioni sociali, del personale ed economiche (*Betriebliche Mitbestimmung*) e quello sindacal-negoziiale che peraltro ha importanza minore. Per un altro verso nelle società di capitali di notevole dimensione la partecipazione sindacale e dei lavoratori si realizza pure mediante l'inserzione di rappresentanti nei consigli di sorveglianza (addirittura metà dei membri nelle imprese societarie con più di 2000 addetti, — giusta la famosa legge sulla *unternehmerische Mitbestimmung* del 1976 — anche se in caso di stallo il voto del presidente, che deve essere di provenienza azionista, vale doppio) (122). Per finire alla duplice titolarità individuale e sindacale del diritto di sciopero (123).

SEZIONE III LA FLEXICURITY ALL'ITALIANA

5. *Il d.d.l. "Fornero" di riforma del mercato del lavoro (d.d.l. 3249/2012): gli obbiettivi dichiarati.*

Esaminati brevemente alcuni modelli di *flexicurity* adottati in Europa negli ultimi anni, si tratta ora di valutare, nell'ottica di

(120) Cfr. Schuld C., 2008, 77 ss.

(121) Cfr. Däubler W., 1981. V. anche Spagnuolo Vigorita L., 1961.

(122) Sul punto v. Pedrazzoli M., 1977, 261 ss.; Id., 1981, 6 ss.

(123) Da ultimo su questo aspetto Nogler L., 2012a, 315 ss.

benchmarking proposta, a quale di essi possa essere accostata la riforma del mercato del lavoro in gestazione in Italia. Com'è noto il 5 aprile 2012 il Governo Monti (124) — in ottemperanza all'impegno assunto nel proprio discorso d'insediamento e ritenendo di dar così seguito alle richieste avanzate da parte della BCE, con la lettera del 5 agosto 2011, al precedente Governo Berlusconi — ha presentato in Parlamento un ampio e articolato disegno di legge, composto di ben 72 articoli, recante « Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita » (c.d. “disegno di legge Fornero” — nel prosieguo d.d.l. n. 3249 — dal nome del Ministro del lavoro proponente, attualmente in discussione al Senato) (125).

Il disegno di legge — come specificato nell'art. 1 e ribadito dalla Relazione illustrativa (126) — si propone, in via generale, di realizzare « un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica ed alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione » e persegue tale obiettivo, più in specifico, attraverso tre sub-finalità fra loro, almeno nelle intenzioni (127), coordinate: *a*) una razionalizzazione della flessibilità in entrata, individuando nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato il “contratto dominante” e, al contempo, contrastando l'uso improprio e strumentale dei contratti flessibili via via introdotti nel sistema; *b*) una rimodulazione della flessibilità in uscita, adeguando la disciplina del licenziamento, in particolare « per alcuni specifici motivi oggettivi » « alle esigenze del mutato contesto di riferimento »; *c*) un incremento dell'efficienza,

(124) Per una ricostruzione delle principali tappe dell'elaborazione della riforma del mercato del lavoro v. Ichino P., 2012, 1 ss.

(125) Il d.d.l. S. 3249 è disponibile al sito <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00657340.pdf>.

(126) La Relazione illustrativa al d.d.l. 3249 riprende i due testi — « Linee di intervento sulla disciplina delle tipologie contrattuali » e « Ammortizzatori sociali. Proposta di riforma. Bozza » — presentate dal Governo il 23 marzo 2012 nell'ambito della fase di confronto con le parti sociali.

(127) V. Relazione illustrativa: « Le singole parti del testo — al di là dell'apparente eterogeneità degli aspetti disciplinati — sono caratterizzate da una forte interconnessione sistematica e mirano a creare uno stabile e coerente rapporto fra settori di intervento troppo spesso in passato disciplinati secondo logiche 'di settore' e in sostanziale assenza di un organico disegno riformatore ».

coerenza ed equità dell'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive « in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento della occupabilità delle persone ».

A stare all'articolo di apertura del disegno di legge — al di là della finalità di fondo, irrealizzabile ad opera di una mera riforma del mercato del lavoro (128) — quello che si vuole è, dunque, da una parte, un deciso spostamento di tutele nel mercato in una logica “universalizzante” e, dall'altra, una riduzione/razionalizzazione della flessibilità in entrata ed un allentamento mirato della flessibilità in uscita che, riequilibrando i pesi e le convenienze, posizioni nuovamente al centro del sistema il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, se non come contratto “unico”, almeno come contratto “dominante”.

L'impressione, dunque, è che si voglia realizzare un modello che sommi gli aspetti di *security* nel mercato, che caratterizzano il sistema danese, con elementi di *flexibility* concentrati nella fase di uscita dal rapporto subordinato standard, adombrando in qualche modo (129) l'(abortito) esperimento francese verso il contratto unico.

La questione, però, è se queste finalità dichiarate trovino o meno un effettivo riscontro nel dettato normativo.

5.1. *Spostamento della security nel mercato? L'Italia non è la Danimarca.*

Non spetta a me proporre un'analisi della parte del d.d.l. n. 3249 relativa alle tutele del lavoratore nel mercato, né quelle passive, né quelle attive. Altri tratteranno *funditus* la materia.

Mi preme solo sottolineare che il disegno di legge non realizza in alcun modo un modello di *security* nel mercato assimilabile all'incisivo sistema danese (130).

Questo è evidente già con riferimento al sostegno passivo al

(128) In particolare è impensabile che semplici riforme delle regole riguardanti il mercato ed il rapporto di lavoro possano di per sé diminuire il tasso di disoccupazione, cfr. sez. I del presente scritto. Per analoghe osservazioni Carinci F., 2012b, 1; Maresca A., 2012a, 1.

(129) Come si dirà, tuttavia, il d.d.l. 3249 non incide sul principio di causalità del recesso, ma si muove verso una diminuzione delle tutele per il licenziamento.

(130) Cfr. nello stesso senso Carinci F., 2012a, 10 ss.; Magnani M., 2012.

reddito del lavoratore disoccupato. Se infatti la Danimarca adotta un modello di tutela universalistico, che assicura in ogni caso protezione al lavoratore, vuoi a carico del sistema assicurativo, vuoi comunque a carico del sistema pubblico di sicurezza sociale, al contrario nel disegno di legge all'esame del Parlamento, l'ASpI, pur in qualche misura apprezzabilmente estesa (131), si struttura ancora, come accade per l'indennità di disoccupazione, sulla base del principio mutualistico. Né è sufficiente per considerare inciso quel principio la previsione, anch'essa peraltro sicuramente apprezzabile, di un'indennità *una tantum* per i lavoratori a progetto disoccupati (art. 35 d.d.l. n. 3249).

Ugualmente, sul piano delle politiche attive, non si registrano eclatanti novità. Il disegno di legge anche in questo caso, pur con qualche segnale nella direzione di un più stringente sistema di *workfare* (132), si limita alla riapertura della delega di cui all'art. 1, cc. 30 e 31, l. n. 247/2007 (art. 69 d.d.l.).

D'altra parte — lo si è anticipato — troppe sono le condizioni di contesto che permettono al costoso sistema di *flexicurity* danese di funzionare, prime fra le quali l'elevata onestà fiscale dei cittadini e la reciproca fiducia degli attori del mercato del lavoro, che lo rendono, almeno allo stato, irriproducibile in Italia.

Se il primo obiettivo dichiarato dal disegno di legge non è raggiunto, rimane da valutare se, invece, possa realizzarsi quello di una riduzione del dualismo del mercato del lavoro (133), ossia quello di una diversa distribuzione delle dosi di flessibilità in entrata ed in uscita dal rapporto, nella prospettiva del contratto "dominante" di lavoro subordinato.

(131) Ai sensi dell'art. 22, c. 2, d.d.l. 3249 infatti l'ASpI è estesa agli apprendisti ed ai soci lavoratori di cooperativa. L'art. 28 dello stesso d.d.l. 3249 prevede poi la mini-ASpI.

(132) Cfr. in particolare l'art. 67 d.d.l. 3249 che pone in capo al lavoratore sospeso dal lavoro, disoccupato o inoccupato titolare di sussidi pubblici l'onere, pena la perdita del beneficio, di accettare o frequentare corsi di formazione o riqualificazione, iniziative di politica attiva o offerte di lavoro « inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità di cui ha diritto ».

(133) Sottolinea il perseguimento di questa specifica finalità da parte del d.d.l. 3249 Maresca A., 2012a, 2.

5.2. *La riduzione della flexibility in entrata: contratto “dominante” v. contratti flessibili. Alcune osservazioni generali.*

Con riferimento alla flessibilità in entrata è possibile fornire solo una valutazione di massima delle scelte del d.d.l. 3249. Per questa parte, infatti, non solo la Commissione Lavoro del Senato — che ha concluso i lavori il 23 maggio 2012 — ha proposto significative modifiche al testo presentato dal Governo, ma altri emendamenti verranno probabilmente presentati in Aula.

Ad uno sguardo d’insieme emerge, comunque, che il d.d.l. non ha scelto la strada ambiziosa di ridurre la congerie di contratti flessibili presenti nel sistema — l’unico contratto abrogato è il contratto d’inserimento (art. 4) — né tanto meno di comporre in un quadro coeso e razionale, ridistribuendo le relative tutele, le varie figure di lavoro subordinato e autonomo. Al contrario il testo di riforma si limita ad un intervento di manutenzione su una serie di figure contrattuali esistenti, nell’intento di renderne più stringenti le condizioni di utilizzo e di favorire e/o presidiare il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Si tratta di valutare se l’obiettivo dichiarato venga perseguito in modo coerente. A tal fine ci si limiterà a soffermare brevemente l’attenzione solo sulle tipologie contrattuali che, secondo i dati statistici, hanno maggiormente contribuito a determinare quella segmentazione del mercato del lavoro che si voleva combattere: il contratto a termine nell’ambito dei contratti di lavoro subordinato non *standard*, da una parte; i contratti di lavoro autonomo “ai confini” della subordinazione, dall’altra.

Quanto al contratto di lavoro subordinato a termine, nel corso dei lavori parlamentari diverse e significative regole volte a scongiurarne l’uso improprio e a favorirne la trasformazione in contratto a tempo indeterminato sono state decisamente allentate rispetto al testo originario del d.d.l. predisposto dal Governo (134). In particolare si muovono nella direzione di un amplia-

(134) Non è così per la norma che prevede un contributo addizionale pari al 1,4% della retribuzione imponibile, destinato a venir restituito al datore di lavoro, nei limiti delle ultime sei mensilità, in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato (art. 29, c. 4 e 6). Tale previsione non trova applicazione: *a*) ai lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti; *b*) ai lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di

mento delle condizioni d'uso (e della convenienza) dell'istituto le norme (135) che: *a*) dilatano i periodi di legittima continuazione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine (136); *b*) aprono la strada ad una riduzione (137) degli intervalli fra la stipulazione di un contratto a termine ed il successivo, vuoi ad opera della contrattazione collettiva o, comunque, di un decreto Ministeriale (138); *c*) eliminano, con riferimento *al primo* contratto di lavoro a termine fra datore e lavoratore *di durata decisamente considerevole* (“non superiore a 12 mesi”, il doppio rispetto a quanto previsto nel testo predisposto dal Governo), il requisito della necessaria temporaneità delle ragioni tecnico-organizzative che legittimano l'apposizione del termine (139).

È vero che il contratto a termine a-causale è ammesso dal d.d.l. — e la scelta è coerente con gli obbiettivi dichiarati — solo nell'ipotesi in cui si tratti del primo rapporto a termine fra le parti, relativo a qualunque mansione e comprensivo anche dell'utilizzazione del lavoratore inviato in missione nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine, tuttavia è pur vero che una durata di 12 mesi è sufficientemente lunga per permettere al datore di lavoro, senza pregiudicare la funzionalità della propria organizzazione, di programmare il continuo *turnover* di lavoratori, tutti assunti una prima e unica volta con un contratto di lavoro a termine. Al contrario, la fissazione di un termine di durata mas-

attività stagionali; *c*) agli apprendisti; *d*) ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni (v. art. 29 d.d.l. nel testo proposto dalla Commissione Lavoro del Senato).

(135) Cfr. art. 3, d.d.l. 3249 nel testo proposto dalla Commissione Lavoro del Senato.

(136) Da 20 a 30 giorni se l'iniziale contratto dura meno di 6 mesi; da 30 a 50 giorni negli altri casi (art. 3 d.d.l. 3249 nel testo proposto dalla Commissione Lavoro del Senato).

(137) Rispetto al testo del d.d.l. predisposto dal Governo.

(138) I più lunghi intervalli previsti dal d.d.l. per il rinnovo del contratto rispetto al d.lgs. 368/2001 (da 10 a 60 giorni se il contratto ha una durata inferiore a 6 mesi; da 20 a 90 giorni se il contratto ha una durata superiore a 6 mesi) non appaiono in verità molto significativi se si considera il fatto che non solo i contratti collettivi sono abilitati a ridurli nuovamente (rispettivamente fino a 20 e fino a 30 giorni) in una serie ampia di casi, ma che è comunque previsto che essi vengano ridotti ad opera di un decreto Ministeriale.

(139) I contratti collettivi, poi, possono prevedere che, in luogo dell'ipotesi riportata nel testo, il requisito della temporaneità non sia richiesto quando l'assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato da specifiche ragioni previste dalla legge nel limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva.

sima più breve per il primo contratto a-causale (come previsto nel testo originario del d.d.l.) avrebbe reso meno conveniente il *turnover* del personale — in considerazione dei tempi richiesti per l'adattamento del lavoratore al contesto lavorativo, almeno per le mansioni non elementari — e così avrebbe potuto spingere il datore ad assumere a tempo indeterminato il lavoratore dimostratosi capace.

D'altra parte il d.d.l. non inasprisce in alcun modo le conseguenze che derivano dalla carenza dei presupposti o dalla violazione delle regole in tema di continuazione, proroga, rinnovo del contratto a termine, ma si limita a confermare le previsioni dell'art. 32, c. 5, l. 183/2010 (140) che fissa un tetto massimo (12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) all'indennità dovuta al lavoratore in caso di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Ad un primo sguardo, dunque, non sembra che la rivisitazione della disciplina del contratto a termine abbia determinato uno spostamento delle convenienze a favore del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Una diversa valutazione va riservata, invece, all'intervento di riforma relativo ai contratti di lavoro autonomo "ai confini" della subordinazione, con riferimento ai quali significativi sono gli strumenti previsti per scongiurare l'utilizzo improprio e presidiare così il contratto di lavoro subordinato.

Quanto al lavoro a progetto, il d.d.l., accogliendo l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, intende, prima di tutto, circoscrivere la fattispecie, specificando che il progetto (141) « non può consistere nella mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente », ma deve « essere funzionalmente collegato ad un risultato finale » che deve essere puntualmente descritto nel contratto; vuole, poi, rafforzarne i precetti, prevedendo esplicitamente, da una parte, in caso di mancanza del progetto, la "trasformazione" del contratto in un contratto di lavoro subordinato

(140) Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

(141) È significativamente eliminato il riferimento al « programma di lavoro o fase di esso ». Per la nozione di progetto v.: De Luca Tamajo R., 2003; Napoli M., 2004b, 600 ss.; Perulli A., 2004, 87; Santoro Passarelli G., 2005, 95 ss.; Pedrazzoli M., 2004b; Liebman S., 2010, 587.

a tempo indeterminato (142) ed, in secondo luogo, una presunzione *iuris tantum* di subordinazione « nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità » (art. 8, d.d.l.).

Nella stessa direzione si muove la previsione che, con riferimento alle professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione ad albi professionali, precisa che l'esclusione dalla disciplina del lavoro a progetto (art. 61, c. 3, d.lgs. 276/2003) opera solo nell'ipotesi in cui il contenuto concreto dell'attività svolta dal collaboratore sia riconducibile alle attività professionali per cui è richiesta l'iscrizione all'albo professionale (143) (art. 9, c. 5, d.d.l.). In caso contrario la mancanza del progetto — requisito che, come sopra specificato, è richiesto dal d.d.l. a pena di validità — determinerà la “trasformazione” del contratto d'opera intellettuale caratterizzata da coordinamento e continuità in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il d.d.l. fa ricorso alla tecnica delle presunzioni anche per evitare un uso improprio del lavoro autonomo *tout court* reso « da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto ». Anche in questo caso — in presenza di determinati presupposti — il d.d.l. introduce una presunzione *iuris tantum* di collaborazione coordinata e continuativa che, però, in conseguenza dell'(assai probabile) assenza del progetto determina la successiva automatica “trasformazione” del contratto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (144).

L'art. 9 del d.d.l. prevede che la presunzione in parola operi

(142) L'art. 8 del d.d.l. — nel testo proposto dalla Commissione Lavoro del Senato — modifica però, rispetto alle previsioni dell'art. 69, c. 1, d.lgs. 276/2003 la tecnica di intervento. La norma in gestazione non configura, infatti, una presunzione, ma dispone che « l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato » e dovrebbe così porre fine al contenzioso sviluppatosi sul punto. Come noto, non vi è stata unanimità in giurisprudenza circa la natura (assoluta o relativa) della presunzione in parola, v. per tutti sul punto Santoro Passarelli G., 2009, 367 ss.

(143) In caso contrario « l'iscrizione del collaboratore ad albi professionali non è circostanza idonea di per sé a determinare l'esclusione » della disciplina del lavoro a progetto, v. art. 9, c. 2, d.d.l.

(144) Cfr. art. 9, c. 4, d.d.l. 3249.

se ricorrono almeno due dei tre presupposti di seguito specificati: « *a*) che la collaborazione abbia una durata complessivamente superiore a otto mesi nell'arco dell'anno solare; *b*) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare; *c*) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente ». Viceversa, anche se i presupposti appena indicati ricorrono, la presunzione è comunque esclusa se la prestazione è: *a*) connotata da « competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività »; *b*) svolta da un soggetto titolare di un reddito da lavoro autonomo annuo non inferiore a circa 18.000 euro; *c*) concernente prestazioni lavorative per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale o « a registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni » (art. 9).

Molte sono le critiche che possono essere rivolte a questa disposizione — frutto di compromessi *in itinere* — che non solo è redatta con una tecnica assolutamente discutibile, ma soprattutto pone fra i propri criteri applicativi un parametro “mobile”, che potrà essere individuato solo a posteriori, quale l'ammontare del corrispettivo percepito dal collaboratore nell'arco dell'anno solare (145). Proprio per queste ragioni essa darà inevitabilmente luogo a molte incertezze applicative.

Ad uno sguardo d'insieme, comunque, la presunzione in parola — all'esito dell'intreccio delle inclusioni e delle esclusioni — è destinata ad applicarsi quando venga in considerazione una prestazione d'opera resa con continuità e in sostanziale regime di monocommittenza da parte di un soggetto non iscritto ad albi o registri (146), privo di un elevato grado di istruzione ed alle prime esperienze lavorative, titolare di un reddito annuo basso. In questi casi è vero che il d.d.l. ammette la prova contraria da parte del

(145) Cfr. Pedrazzoli M., 2005, 259 ss.; Razzolini O., 2011, 638.

(146) Devono pertanto ritenersi esclusi artigiani e commercianti iscritti ai registri delle Camere di commercio ed anche i produttori di assicurazioni iscritti al registro unico degli intermediari istituito dal codice delle assicurazioni di cui al d.lgs. n. 209/2005.

committente — la presunzione introdotta è infatti *iuris tantum* — ma è improbabile che quest'ultimo sia in grado di dimostrare l'assenza di coordinamento (147) per evitare così la successiva trasformazione del contratto, in assenza di progetto, in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Letta in questi termini la presunzione di cui si sta discutendo costituisce senza dubbio un notevole deterrente al “cattivo uso” del contratto di lavoro autonomo ed, anzi, finisce per ampliare *nella sostanza* l'area della subordinazione come mero sostituto funzionale del lavoro subordinato.

5.3. *L'allargamento della flexibility in uscita: l'area di intervento.*

L'ultimo obiettivo che il legislatore della riforma si prefigge — che dovrebbe fare da *pendant* alle restrizioni alla flessibilità in entrata — è la rivisitazione della flessibilità in uscita tramite l'adeguamento della disciplina del licenziamento del contratto di lavoro subordinato standard « alle esigenze del mutato contesto di riferimento » (art. 1). Quello che si vuole, dunque, è una rimodulazione delle regole in tema di recesso datoriale sul presupposto che, rendendone prevedibili e più contenuti i costi, il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato possa tornare al centro del sistema come « forma comune di rapporto di lavoro » (art. 3, c. 1, lett. a) o « contratto dominante » (art. 1, c. 1, lett. a).

Nel perseguire questo obiettivo — andando molto oltre quanto dichiarato in apertura della Relazione illustrativa (148) — il d.d.l. 3249 incide sulla disciplina dei licenziamenti individuali e

(147) È peraltro discusso in dottrina se nell'ambito del lavoro autonomo coordinato e continuativo possa configurarsi un potere di coordinamento in capo al committente, che differisce dal potere direttivo proprio del lavoro subordinato solo in termini quantitativi (Proia G., 1997, 149 ss.; Suppiej G., 1982, 46; Persiani M., 1998, 210; Marazza M., 2002, 234 ss.) oppure il potere di coordinamento debba ritenersi escluso e la prestazione di lavoro autonomo possa ritenersi coordinata se le parti con il contratto concordano un programma nella cui realizzazione la prestazione si inserisce come mezzo (Pedrazzoli M., 1984, 515; Ballestrero M.V., 1987, 60).

(148) Ai sensi della quale « Le finalità dell'intervento si fondano su alcune linee direttrici: (...) redistribuire più equamente le tutele dell'impiego (...) adeguando la disciplina del licenziamento individuale per alcuni specifici motivi *oggettivi* alle esigenze dettate dal mutato contesto di riferimento » (corsivo di chi scrive).

collettivi (artt. 14-15), modificando in primo luogo l'art. 18 st. lav. (art. 14), ed introduce un rito speciale per le controversie in cui si applichi la norma statutaria (artt. 16-21).

Più in particolare il disegno di legge si propone di sostituire all'unitaria tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 st. lav. una pluralità di regimi di tutela, reintegratori e/o risarcitori. Segno significativo del cambiamento è la nuova rubrica dell'articolo che da « Reintegrazione nel posto di lavoro » diviene « Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo ».

Dunque, la scelta legislativa è quella di incidere non sui presupposti (149), ma solo sulle conseguenze del licenziamento.

L'opzione di fondo che — a differenza di quanto accaduto in Francia (150) — implica la riaffermazione della necessaria causalità del recesso (151), è senza dubbio da condividere: non solo, infatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla (sola) (152) “giustificatezza” del licenziamento il rango di principio costituzionale, ma plurime fonti internazionali (153) nonché l'art. 30 della Carta

(149) Cioè sui concetti di giusta causa (art. 2119 c.c.; art. 1, l. n. 604/1966) e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo di licenziamento (art. 3, l. n. 604/1966). Per il concetto di discriminazione v. *infra* nel testo.

(150) Anche in Italia il d.d.l. 3249 introduce il pagamento di una “tassa” a carico del datore di lavoro a decorrere dall'1 gennaio 2013 « pari al 50 per cento del trattamento mensile iniziale di AspI per ogni dodici mesi di anzianità aziendali negli ultimi tre anni » (art. 29 c. 7).

(151) Si fa riferimento in particolare al licenziamento individuale. Infatti secondo l'opinione maggioritaria, per lo meno in giurisprudenza, il licenziamento collettivo non è una forma di licenziamento causale, ma di licenziamento *ad nutum* soggetto ad una determinata procedura (v. in modo esplicito Cass. 2 marzo 2009, n. 5034; Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455).

(152) Cfr. in particolare Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46 che riconosce il principio della « necessaria giustificazione del licenziamento ». Viceversa è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta dei rimedi conseguenti alle patologie dell'atto di licenziamento, cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; la Corte, infatti, in più occasioni ha riconosciuto conforme alla Costituzione la previsione di due regimi differenziati di tutele — reale e obbligatoria — avverso i licenziamenti ingiustificati (Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44; Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189; Corte cost. 19 giugno 1975, n. 152; Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55; Corte cost. 28 dicembre 1970, n. 194).

(153) V. soprattutto la conv. OIL 158/1982; l'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE) del 1966, nel testo revisionato nel 1989; l'art. 30 CDFUE oggi inclusa, ai sensi dell'art. 6 TUE, nel corpo dei Trattati.

Ma cfr. altresì, in considerazione della loro interpretazione estensiva, l'art. 8 Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) c.d. "Carta di Nizza", lo pongono come diritto fondamentale del lavoratore. Piuttosto, si tratterà di valutare, alla luce di quei principi, se le tutele riconosciute dal disegno di riforma possano ritenersi sufficienti (154).

Il disegno di legge interviene, come detto, sul regime di tutela posto dall'art. 18 st. lav., senza modificarne, a stare alla lettera (155), il campo di applicazione (156): ai datori di lavoro che non raggiungano le soglie dimensionali individuate dalla norma continuerà ad applicarsi la tutela obbligatoria di cui all'art. 8 l. n. 604/1966 (157). Il riavvicinamento fra lavoratori super-protetti e lavoratori sotto-protetti è così affidato solo alla programmata rimodulazione al ribasso delle tutele previste per i primi. La rivisitazione complessiva della flessibilità in entrata ed in uscita dal rapporto di lavoro avrebbe potuto costituire, invece, una buona occasione per collocare in un quadro unitario tutte le tutele contro il licenziamento illegittimo, ancorandole a parametri — diversi dalla mera consistenza occupazionale del datore di lavoro — maggiormente in grado di denotarne la capacità economica.

Ad un primo esame però, anche se così circoscritto nei con-

(CEDU) firmata a Roma nel 1950 che fonda il diritto al rispetto della vita privata e familiare (sul quale v. Bruun N., Lörcher K., 2011, 371 s.); l'art. 23.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ONU (DUDU), firmata a New York nel 1948 che prevede che « Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione »; l'art. 6.1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, ONU (PIDESC), firmato a New York nel 1966 ai sensi del quale « Gli Stati del presente Patto riconoscono il diritto al lavoro, che implica il diritto di ogni individuo di ottenere la possibilità di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente scelto od accettato, e prenderanno le misure appropriate per garantire tale diritto ».

(154) V. *infra* § 5.3.7.

(155) Cfr. art. 18, c. 8, nuovo testo.

(156) Cfr. ancora Carinci F., 2012b, 17.

(157) La diversificazione delle tutele — *ex* art. 18 st. lav. nuovo testo o l. n. 604/1966 — è destinata ad avere ripercussioni anche di ordine processuale: il nuovo "rito speciale" di cui agli artt. 16-21 del d.d.l. 3249 si applica « alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 » (v. art. 16 d.d.l.). La scelta legislativa, tuttavia, appare del tutto irragionevole — dunque in contrasto con l'art. 3 Cost. — dal momento che semmai esigenze di celerità nella definizione della controversie in materia di licenziamento sono più forti laddove la tutela del lavoratore è più debole.

tenuti, il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. — in conseguenza della sua formazione “a strati successivi” nel corso della trattativa e della mediazione fra gli attori (158) — si presenta di difficile lettura.

5.3.1. *Dall'unicità alla pluralità dei regimi di tutela per il licenziamento individuale illegittimo.*

Come si è anticipato il testo in gestazione dell'art. 18 st. lav. (art. 14, d.d.l. n. 3249) — qui analizzato con particolare riferimento al licenziamento individuale (159) — vuole introdurre, al

(158) Cfr. ancora Carinci F., 2012b, 15 s.; Ichino P., 2012, 1 ss.

(159) Non verrà, dunque, dedicata attenzione all'art. 15 del d.d.l. 3249 che introduce modifiche “al ribasso” al regime di tutela dei licenziamenti collettivi. Per questo aspetto la norma *in itinere* prevede, in primo luogo, che gli eventuali vizi della comunicazione che ha avviato la procedura siano sanati da « un » accordo sindacale raggiunto fra le parti (ma fra quali parti? Tutte quelle che avrebbero dovuto ricevere la comunicazione sulla intenzione datoriale di procedere al licenziamento?); in secondo luogo che — mentre per il licenziamento orale continua a trovare applicazione la “tutela reale piena” (ma si noti qui, probabilmente per un errore materiale, il rinvio è solo all'art. 18, c. 1, nuovo testo) — la violazione delle procedure sindacali e amministrative dia luogo all'applicazione della “tutela obbligatoria forte” (può ritenersi, però, che ove le organizzazioni sindacali legittimate propongano ricorso *ex art.* 28 st. lav. il giudice possa comunque ordinare, quale “rimozione degli effetti” la reintegrazione dei lavoratori licenziati? oppure tale eventualità è esclusa, proprio perché la tutela prevista è qui solo obbligatoria e il giudice potrà al più ordinare la rinnovazione della procedura?); infine che la violazione dei criteri di scelta comporti l'applicazione della “tutela reale attenuata” (ma ove, in sede di applicazione dei criteri da parte del datore di lavoro o di loro individuazione ad opera della contrattazione collettiva si realizzi una discriminazione non dovrà comunque trovare applicazione la “tutela reale forte”?).

Valutare la coerenza di tale disciplina con il sistema dipende sia dalla nozione di licenziamento collettivo accolta, sia dall'estensione che si intenda attribuire ai divieti di discriminazione. Come anticipato, secondo l'opinione maggioritaria in giurisprudenza, il licenziamento collettivo è una figura di licenziamento *ad nutum*, come tale sottratta al controllo giudiziale sull'esistenza di una causa tecnico-organizzativa e sottoposta solo ad una procedura sindacale/amministrativa volta a condizionare le libere scelte del datore al fine di ridurne l'impatto sociale. Questa lettura — a parere di chi scrive già discutibile nell'attuale sistema — è definitivamente travolta dall'amplissima nozione di discriminazione accolta dal nuovo testo dell'art. 18, c. 1, che equipara il licenziamento discriminatorio al licenziamento ingiustificato (v. § 5.3.3). Come negare, allora, che il principio di non discriminazione debba informare di sé tutte le ipotesi di licenziamento, incluso il licenziamento collettivo? Ove dunque il lavoratore impugni il licenziamento lamentando una discriminazione sarà il datore di lavoro a dover dimostrare che essa non sussiste o, il che è lo stesso, che il licenziamento medesimo è giustificato (v. § 5.3.5).

posto dell'unitaria tutela reintegratoria oggi prevista per ogni patologia dell'atto di recesso (nullità, annullabilità, inefficacia) (160) una pluralità di tutele, reintegratorie e/o risarcitorie, di graduata intensità, destinate ad operare in dipendenza di distinti presupposti. La questione principale che si pone all'interprete non attiene tanto alla precisazione dei contorni delle nuove forme di tutela — sui quali pure si potrebbe aprire una discussione — quanto, piuttosto, all'individuazione dei loro presupposti applicativi.

Prima di affrontare questo aspetto, che costituisce “il” problema centrale della nuova disciplina, è bene mettere in luce come con la riforma si introducano — secondo una classificazione proposta in dottrina (161) e che si intende qui accogliere — ben quattro diverse e graduate forme di tutela.

1) *La “tutela reintegratoria piena” di cui all'art. 18, cc. 1, 2 e 3 nuovo testo.*

Sulla falsariga di quanto attualmente previsto dal testo vigente dell'art. 18 st. lav., questa prima forma di tutela vuole che il giudice condanni il datore: a) alla reintegrazione nel posto di lavoro (c. 1) (162); b) al pagamento di una « indennità » volta a compensare integralmente le perdite subite dal lavoratore, commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto (163) dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione, al di sopra della soglia minima delle 5 mensilità (c. 2, seconda parte), dedotto unicamente quanto da lui effettivamente percepito nello stesso periodo

Sul punto, ma con diverse e assai più ampie valutazioni v. Ferraro G., 2012; Alleva G., 2012.

(160) In verità nel sistema attualmente vigente la giurisprudenza riconduce alcune ipotesi di nullità alla tutela reale “di diritto comune” e non all'art. 18 st. lav., v. per esempio: con riferimento al licenziamento in concomitanza di matrimonio Cass. 10 maggio 2003, n. 7176; con riferimento al licenziamento durante il periodo di congedo Cass. 15 settembre 2004, n. 18537; con riferimento al licenziamento durante il periodo di comporta Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031; v. Vallebona A., 2005, 471 ss. anche per ulteriori ipotesi quali il licenziamento per motivi illeciti.

(161) Cfr. Maresca A., 2012b, 8 ss.

(162) Si noti che il d.d.l. 3249 omette ancora una volta di affrontare la questione dell'incoercibilità — secondo l'opinione consolidata in giurisprudenza — dell'ordine di reintegrazione, in quanto obbligo di fare infungibile, estendendo forme di coercizione indiretta come quelle di cui all'art. 614-bis c.p.c.

(163) L'attuale testo dell'art. 18 st. lav. si riferisce invece alla « retribuzione globale di fatto ».

per lo svolgimento di altre attività lavorative (c. 2, 1 periodo); c) al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali (c. 2, terzo periodo) (164).

Rimane ferma, comunque, la facoltà per il lavoratore di sciogliere il rapporto, optando, al posto della reintegrazione, per l'indennità risarcitoria già prevista dall'attuale testo dell'art. 18 st. lav. (165).

2) La “*tutela reintegratoria attenuata*” di cui all'art. 18, c. 4 nuovo testo.

Questa diversa, ed attenuata, forma di tutela contempla ancora la condanna del datore: a) alla reintegrazione nel posto di lavoro e b) al pagamento di una « indennità risarcitoria » del danno subito dal lavoratore « commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione » (non, si noti, sino alla sentenza che dispone la reintegrazione) (166), senza però la fissazione di una soglia minima e con la previsione, invece, di un tetto massimo di 12 mensilità; inoltre dall'« indennità risarcitoria » deve essere dedotto non

(164) Con specifico riferimento alle ipotesi di licenziamento discriminatorio, poi, si deve ritenere che il datore di lavoro sia anche tenuto, in attuazione dei principi costituzionali e secondo quanto previsto da specifiche norme di legge (cfr. art. 4, c. 4, d.lgs. n. 215/2003; art. 4, c. 5, d.lgs. n. 216/2003) al risarcimento del danno non patrimoniale.

(165) Ai sensi del c. 3, art. 18 st. lav. nuovo testo: « Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione ». La norma fa propria l'interpretazione di Tosi P., 2006, 431 s. per quanto riguarda i termini di decadenza per l'esercizio dell'opzione. Per le diverse interpretazioni che si contendono il campo v. Nicolai A., Amoriello L., 2009a, 769 s.

(166) Se intesa alla lettera la norma finisce per negare quella tutela reale che invece vorrebbe esplicitamente attribuire: il datore, anche dopo la sentenza del giudice, infatti non solo potrebbe non reintegrare il lavoratore nelle precedenti mansioni — omettendo così di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore —, ma non sarebbe neppure tenuto a corrispondere le retribuzioni oltre la soglia complessiva delle 12 mensilità fissata dalla legge. L'irrazionalità di questa soluzione ha spinto parte della dottrina a proporre un'interpretazione correttiva — che peraltro è in contrasto con la lettera della norma — così da leggere « sino alla reintegrazione » come “sino alla sentenza”. Per osservazioni più generali sulla adeguatezza della tutela alla luce dell'art. 30 della CDFUE, cfr. § 5.3.7.

solo quanto dal lavoratore effettivamente percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, ma anche quanto egli « avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione »; *c*) al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali (167). Anche in questo caso è data facoltà al lavoratore di optare « per l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ».

3) *La “tutela indennitaria forte” (168) di cui all'art. 18, c. 5, nuovo testo.*

In questo caso il giudice: *a*) dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) con effetto dalla data del licenziamento e *b*) condanna il datore di lavoro al pagamento di una « indennità risarcitoria onnicomprensiva » (169) fra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità di retribuzione, determinato, con onere di specifica motivazione, tenendo conto di alcuni parametri previsti dalla legge ed in parte differenti a seconda dei presupposti applicativi della tutela (170). La portata comunque estintiva

(167) Per il cui calcolo v. però più specificamente l'art. 18, c. 4 nuovo testo.

(168) Si osservi peraltro, che qui, a differenza che con riferimento alla tutela obbligatoria di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, non è prevista una alternativa, fra riassunzione e risarcimento del danno.

(169) È da discutere quali perdite siano da ritenere ricomprese nell'indennità in parola, se solo quelle direttamente connesse al licenziamento (retribuzione) oppure anche tutte le conseguenze che da esso possano derivare (si pensi al danno patrimoniale che potrebbe derivare al lavoratore dal mancato puntuale pagamento delle rate del mutuo eventualmente stipulato per acquistare l'abitazione; si pensi ancora al danno biologico conseguente ad un esaurimento nervoso determinato dalla perdita del posto di lavoro). Qualora si escludesse il risarcimento per il danno non patrimoniale la norma risulterebbe incostituzionale (per l'autonoma risarcibilità del danno non patrimoniale a fronte del testo vigente dell'art. 18 v. Cass. 13 luglio 2002, n. 10203).

(170) Infatti nelle ipotesi di licenziamento illegittimo per carenza di motivi soggettivi in cui è possibile applicare questa forma di tutela (cfr. § 5.3.4) il giudice determina l'“indennità risarcitoria onnicomprensiva” fra il minimo di 12 e il massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto in relazione: *a*) all'anzianità di servizio del lavoratore e *b*) tenuto conto dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti (art. 18, c. 5); viceversa nelle ipotesi di licenziamento illegittimo per carenza di giustificato motivo oggettivo in cui è possibile applicare questa forma di tutela (v. ancora § 5.3.4) il giudice determina la medesima “indennità risarcitoria” tenendo conto, oltre che dei parametri già indicati, anche *c*) delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di nuova occupazione e *d*) del comportamento delle parti nell'ambito della procedura preventiva al licenziamento di cui all'art. 7, l. 604/1966 (art. 18, c. 7, secondo periodo).

ab origine (171) dell'atto di licenziamento esclude il pagamento di contributi assicurativi o previdenziali (172).

4) La “*tutela indennitaria dimidiata*” di cui all'art. 18, c. 6, nuovo testo.

In quest'ultima ipotesi il giudice: *a*) dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) e *b*) condanna il datore di lavoro al pagamento di una « indennità risarcitoria onnicomprensiva » fra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione, da determinare, con specifico onere di motivazione, sulla base di parametri posti dalla legge (173). Come nel caso precedente e per le stesse ragioni, non è previsto il pagamento di contributi assicurativi o previdenziali.

È difficile dire se, in via di principio, la “*tutela reintegratoria attenuata*” e le due forme di tutela indennitaria siano o meno idonee a compensare integralmente le perdite patite dal lavoratore dal momento del licenziamento al momento della pronuncia di illegittimità del licenziamento (174): la risposta dipende in larga misura dai tempi del processo (175) e, dunque, dalla riduzione della sua durata che dovrebbe derivare dal nuovo rito introdotto dal progetto di riforma (176).

5.3.2. *I presupposti applicativi delle tutele: giustificazione adottata o effettiva del licenziamento?*

Il quesito centrale, lo si è anticipato, attiene ai presupposti applicativi delle tutele appena descritte. Un problema fino ad oggi

(171) Tale forma di tutela (che non garantisce una stabilità reale del posto di lavoro) non permette, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63), di ritenere che la prescrizione dei diritti del lavoratore possa operare in costanza di rapporto. L'incertezza in ordine al campo di applicazione delle diverse forme di tutela di cui si darà conto *infra* crea un problema di individuazione *ex ante* del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione.

(172) Cfr. Maresca A., 2012b, 10.

(173) Oltre a quelli già previsti dall'art. 18, c. 5 (v. nota 170), anche in relazione alla gravità della violazione formale e procedurale commessa dal datore di lavoro.

(174) Questa è l'idea alla base del pensiero di Maresca A., 2012b, 10 con riferimento alla tutela obbligatoria forte che egli infatti intitola « il risarcimento del danno nella misura *piena* ».

(175) Ma per la “*tutela reale attenuata*” si v. anche le aporie già evidenziate alla nota 166.

(176) V. § 5.3.7.

praticamente inesistente, atteso che per (quasi) (177) tutte le patologie dell'atto di recesso il testo vigente dell'art. 18 st. lav. prevede comunque l'unitaria tutela reale.

Ad una prima lettura del d.d.l. n. 3249 sembra che la scelta del tipo di tutela applicabile dipenda, in prima battuta, non da determinati presupposti fissati dalla legge e demandati alla verifica del giudice, ma dalla *motivazione addotta* dal datore di lavoro nell'atto di intimazione del licenziamento (178) (*in primis* giusta causa, giustificato motivo soggettivo od oggettivo) (179); solo, poi, nell'area così delimitata dalla dichiarazione del datore di lavoro, il giudice dovrà o potrà applicare tutele differenziate in base ad ulteriori parametri definiti dalla legge.

Così « il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa *addotti* dal datore di lavoro » (art. 14, cc. 4 e 5) è tenuto ad applicare la “tutela reintegratoria attenuata” (art. 14, c. 4) o la “tutela indennitaria forte” (art. 14, c. 5); nel caso in cui il giudice « accerti il difetto di giustificazione del licenziamento *intimato* (...) per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore » è tenuto ad applicare la “tutela reintegratoria attenuata” (art. 14, c. 7); ugualmente nel caso di licenziamento per motivi economici il giudice deve applicare la “tutela indennitaria forte” o può applicare la “tutela reintegratoria attenuata” in base a criteri diversi (art. 14, c. 7).

Ragionare in questi termini vuol dire, però, in buona sostanza rimettere al datore — pur nell'ambito di un *range* predefinito, ma ampio (dal momento che spazia dalla “tutela reintegratoria attenuata” alla “tutela indennitaria forte”) — il rimedio nel caso di licenziamento illegittimo a beneficio della controparte, qui fra l'altro in posizione di massima debolezza contrattuale, con buona pace del principio di ragionevolezza della legge (art. 3 Cost.).

In verità altre disposizioni contenute nel testo di riforma permettono di sostenere, al contrario, che le diverse tutele si colle-

(177) V. nota 184.

(178) In questo senso infatti Magnani M., 2012, 4; Maresca A., 2012a e 2012b.

(179) Non verranno qui prese specificamente in considerazione le tutele connesse ad altre ipotesi di nullità diverse dalle discriminazioni (v. c. 1, art. 18 nuovo testo) e ai vizi di forma, motivazione e procedura (v. art. 18 c. 1 e 6 nuovo testo).

gano non alle giustificazioni addotte dal datore all'atto del licenziamento, bensì all'effettiva ragione posta a base del recesso. In primo luogo, infatti, è previsto che il giudice applichi la “tutela reintegratoria piena” nel caso di licenziamento discriminatorio, viziato da motivo illecito o altrimenti nullo « *indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro* » (art. 18, c. 1); in secondo luogo, per il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, « *qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo* » (art. 18, c. 7, ultimo periodo); infine, nel caso di violazione del requisito di motivazione, il giudice è tenuto « *sulla base della domanda del lavoratore* » ad accertare se vi è « *anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste (...) le tutele* » disposte per vizio di giustificazione.

Da queste norme risulta evidente che la scelta fra le diverse forme di tutela non dipende dalla giustificazione formalmente adottata dal datore a fondamento del proprio atto di recesso, ma dalla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare. Non a caso la dottrina sottolinea l'eccessiva discrezionalità che il disegno di legge attribuisce al giudice nella determinazione delle regole da applicare al caso concreto (180) e non si preoccupa, invece, del(l'irrazionale) margine di scelta che una tale interpretazione lascerebbe al datore di lavoro nel determinare le conseguenze ... di un *proprio* atto illecito o, comunque, illegittimo (181).

5.3.3. *Il campo di applicazione della “tutela reintegratoria piena”: ragioni discriminatorie e motivo determinante illecito v. giusta causa e giustificato motivo soggettivo e oggettivo.*

Se, dunque, il campo di applicazione dell'uno o dell'altro regime di tutela dipende dall'effettiva ragione giustificatrice posta a

(180) In questo senso per es. CARINCI F., 2012b, 2 e 5.

(181) Cioè, come subito si dirà, discriminatorio oppure sorretto da una causa riconosciuta dall'ordinamento, ma quantitativamente o qualitativamente diversa da quella adottata e ritualmente “contestata” al lavoratore, v. anche *infra* § 5.3.4.

base del licenziamento (182), diventa essenziale delineare le linee di confine fra le diverse causali previste dalla legge.

Al riguardo la prima e fondamentale questione riguarda il concetto e l'estensione della discriminazione e del « motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. » che, secondo il testo *in fieri* dell'art. 18 st. lav., determina, a prescindere dal numero dei dipendenti del datore di lavoro (183), la nullità del licenziamento, segnando (in larga misura) (184), l'ambito di applicazione della “tutela reintegratoria piena”.

A stare al testo dell'art. 18, c. 1, *in itinere* quello che si vuole è proprio la massima estensione dell'ambito della discriminazione vietata.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina i divieti di discriminazione individuano alcuni *interessi* di particolare rilievo antisociale e, stigmatizzandoli come illeciti, evidenziano alcune specifiche ipotesi di illiceità della causa (185) degli atti datoriali. Già dal tenore

(182) L'unica eccezione è costituita dalla “tutela indennitaria debole”, che, ai sensi dell'art. 18, c. 6, nuovo testo opera invece nel caso di vizi di motivazione o procedura e cioè « nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge [cioè, deve intendersi, dell'art. 7 st. lav.] o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni (...) a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica » [le tutele relative].

Il d.d.l. 3249 sceglie dunque di riconoscere una minore tutela nell'ipotesi di violazioni che fino ad oggi, invece, sono state particolarmente presidiate. Questa scelta pone diverse questioni anche di ordine sistematico: nell'area di applicazione dell'art. 8 l. n. 604/1966 un filone giurisprudenziale riconosce infatti la più forte tutela reale di diritto comune, v. Nicolai A., Amoriello L., 2009b, 917 s.

(183) Ai sensi del nuovo art. 18, c. 1, infatti la “tutela reintegratoria piena” opera in questo caso « quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ».

(184) Ai sensi dell'art. 18, c. 1, in gestazione la “tutela reintegratoria piena” deve applicarsi, oltre che al licenziamento nullo perché discriminatorio o perché determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c., anche al licenziamento « intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni ». Lo stesso regime di tutela si applica, inoltre, al licenziamento inefficace perché intimato in forma orale.

(185) La causa astratta è qui intesa non nel senso di mera sintesi degli effetti tipici

letterale dell'art. 15 st. lav. — norma cardine del sistema antidiscriminatorio (186) — si trae infatti un divieto per il datore di lavoro di concludere patti o di porre in essere atti “diretti a” realizzare alcuni interessi particolarmente riprovati dall'ordinamento (ragioni politiche, sindacali, religiose ecc.) e perciò illeciti (187); nello stesso senso è stato letto l'art. 4, l. n. 125/1991 (188), prototipo di tutta la legislazione successiva, che configura una discriminazione vietata in tutti i casi in cui l'atto datoriale persegua lo specifico interesse illecito considerato (in questo caso ragioni di sesso).

Da tempo, inoltre, una parte significativa della dottrina ritiene che le ipotesi di discriminazione previste dalla legge abbiano portata esemplificativa e non tassativa. L'opinione è assolutamente da condividere anche alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento. Se, infatti, a fronte dell'art. 4, l. n. 604/1966 e poi dell'art. 15 st. lav., come integrato dall'art. 13, l. n. 903/1977, poteva forse ancora sostenersi che le ragioni discriminatorie che rendevano illecito l'atto di licenzia-

dell'atto (contratto *ex art.* 1325, c. 2, c.c., o atto unilaterale, *ex art.* 1324 c.c. che sia), ma degli interessi che tramite quegli effetti si vogliono soddisfare. Per questa nozione di causa cfr.: Ferri G.B., 1966 che parla di « funzione economico-individuale »; Trimarchi P., 1986, 220 ss. che parla di « scopo immediato »; Galgano F., 1981, 226 e Santoro Passarelli F., 1966, 127 s. che parla di « funzione economico-sociale dell'atto di volontà ». Non si discosta da questa idea di fondo Bianca M., 1984, 425 ss. nell'elaborare la nozione di « ragione concreta del contratto ».

Con specifico riferimento al contratto di lavoro accolgono la nozione di causa come sintesi degli interessi che con il contratto si vogliono soddisfare: Mengoni L., 1965, 461 s.; Ichino P., 2003, 19 s.; sulla stessa falsariga anche Lambertucci P., Maresca A., 2012, 183; adottano invece il concetto di causa come sintesi degli effetti tipici, fra gli altri: Zoli C., 1988, 195 ss.; Tullini P., 1990, 148 ss.; Del Punta R., 1998, 422. Chi accede a questa seconda opinione si preclude però qualsiasi controllo sulla liceità o illiceità della causa concreta dei singoli negozi tipici, dal momento che le parti si determinano a stipulare contratti tipici o il singolo a porre in essere atti unilaterali tipici proprio per produrre quegli effetti tipici che l'ordinamento prevede.

Si tenga comunque presente che anche ove si adotti la tesi di causa come mera sintesi degli effetti tipici, rimane il fatto che nel caso dei negozi unilaterali — com'è l'atto di licenziamento — causa e motivi finiscono per confondersi: è sufficiente per produrre la nullità dell'atto che il motivo illecito sia determinante, ma non è richiesto che sia comune (cfr. artt. 1343 e 1324 c.c.).

(186) Ma con specifico riferimento al licenziamento, cfr. già l'art. 4, l. 604/1966, sul quale v. Persiani M., 1971, 673 ss.; Pera G., 1967, 153 ss.

(187) V. Ghezzi G., 1972, 204 ss.; Montuschi L., 1981, 20 ss.; Treu T., 1974, 33 ss.

(188) V. Liso F., 1989, 66 ss.; Treu T., 1991, 126; Pessi R., 1994, 439 ss.; Barbera M., 1991, specie cap. IV.

mento fossero solo quelle specificamente tipizzate dalla legge (189) — ragioni sindacali, politiche, religiose, e poi anche razziali, di lingua e di sesso — l'inclusione, ad opera del d.lgs. n. 216/2003, nel testo della norma statutaria delle ulteriori ragioni di handicap, di età, basate sull'orientamento sessuale e perfino sulle convinzioni personali del lavoratore hanno già dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricomprendervi qualunque (190) finalità (191), oggettivamente perseguita (192), *diversa* da quelle *positivamente ammesse* dall'ordinamento (193).

(189) In questo senso Ghera E., 1975, 403 e 436; Bortone R., 1990, 25. Ma per l'opinione opposta cfr. Freni G., Giugni G., 1971, 60; Ghezzi G., 1972, 209; Montuschi L., 1981, 24; Treu T., 1974, 31.

(190) V. anche, da ultimo, l'art. 25 c. 2-*bis* del d.lgs. n. 198/2006 (aggiunto dal d.lgs. n. 5/2010) ai sensi del quale: « Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti ».

Per la condivisibile affermazione che le varie ipotesi di licenziamento discriminatorio di cui all'art. 3, l. 108/1990 costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito cfr. Cass. 6 maggio 1999, n. 4543 secondo la quale l'« interpretazione estensiva dell'[...] art. 3 (l. n. 108/1990) è giustificata dal rilievo che le indicazioni dei vari casi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle sopra dette disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo ai sensi dell'art. 1345 c.e. (in relazione all'art. 1324 c.e.) c.c.; e dalla considerazione che in tale ampia e generale previsione è certamente da ricomprendere il licenziamento intimato da ritorsione e rappresaglia come sopra inteso — pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti —, il quale pertanto integra fattispecie del tutto simile e per ciò assimilabile, a quelle oggetto della espressa previsione del medesimo art. 3 ». In senso analogo v. Cass. 19 marzo 1996, n. 2335; Cass. 28 aprile 1995, n. 4747; Cass. 21 gennaio 1987, n. 551; v. altresì A. Potenza, 15 giugno 2005, in *D&L*, 2005, spec. 598. Per una puntuale panoramica sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali v. Corazza L., 2007, 400 ss. V. anche Lassandari A., 2007, 151 ss. In una prospettiva anche comunitaria v. Giubboni S., Borelli S., 2012, 1820 ss.

(191) V. T. Genova, 8 aprile 2011, in *RIDL*, 2011, II, 1096 ss. che ha ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato per ragioni di nazionalità, dunque, per ragioni diverse dalla razza o l'origine etnica contemplate invece espressamente dall'art. 15 st. lav. e dal d.lgs. n. 215/2003.

(192) I divieti di discriminazione — in quanto patologie della causa — rilevano sul piano oggettivo, a prescindere dal motivo soggettivo o psicologico che ha indotto il datore di lavoro a porre in essere l'atto. In questo senso v. T. Pisa 3 marzo 2009, in *RIDL*, 2009, II, 855 ss.; T. Brescia 29 novembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 231 ss.; P. Lecce 13 dicembre 1997, in *RCDL*, 1999, 129 ss.

(193) Si realizzerà non una discriminazione, ma, piuttosto, un'ipotesi di frode alla legge *ex art.* 1344 c.e. nel caso in cui il datore di lavoro ponga in essere una serie di atti

Insomma già nel sistema vigente il licenziamento non è discriminatorio — non è, cioè, connotato da causa illecita — solo se il datore di lavoro persegue l'unica finalità tipica ammessa nel sistema: l'interesse, di rilievo costituzionale *a disporre di un'organizzazione* in vista dello svolgimento di un'attività (194), che si specifica poi ulteriormente *nell'interesse a modificare* (giustificato motivo oggettivo di tipo economico) (195) e *a garantire la funzionalità dell'organizzazione*, senza rimanere vincolato ad un contratto di cui risulti alterata, in fase funzionale, la causa, vuoi per inadempimento del lavoratore (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), vuoi per impossibilità sopravvenuta, non imputabile, della prestazione (giustificato motivo oggettivo di tipo personale) (196).

giuridici fra loro collegati al fine di realizzare interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, cfr. Bianca M., 1984, 586 ss. In questo senso Cass. 29 luglio 2002, n. 11191 che ravvisa un'ipotesi di frode nella concatenazione fra un trasferimento ed un licenziamento per motivi oggettivi.

(194) Si ritiene infatti che, più in generale, la causa del contratto di lavoro — ed in conseguenza anche la causa degli atti di esercizio dei poteri e delle libertà del datore di lavoro, che in esso si radicano, incluso il licenziamento — sia costituita non dallo scambio fra lavoro e retribuzione (si tratta in questo caso di semplici effetti), ma dall'interesse di rilievo costituzionale a disporre di un'organizzazione in vista dello svolgimento di una attività (cfr. art. 41, c. 1 Cost.; ma v. anche le altre norme costituzionali che garantiscono ai privati la libertà di svolgere attività dirette non a fini economico professionali, quali gli artt. 2, 18, 19, 21, 39 e 49 Cost.).

(195) Nell'ambito del generale interesse a disporre dell'organizzazione che costituisce causa del contratto di lavoro, il giustificato motivo oggettivo di tipo economico riconosce l'interesse datoriale a *modificare l'organizzazione esistente*, strutturandola in modo diverso (per es. ridistribuendo le mansioni fra lavoratori o decentrando all'esterno una certa fase dell'attività), v. se vuoi Carinci M.T., 2005. Per la considerazione che il giustificato motivo oggettivo darebbe rilievo alla causa *in executivis* Di Majo A., 1988, 8. Cfr. la magistrale relazione Aidlass di Pera G., 1969.

(196) Giusta causa e giustificato motivo soggettivo, da una parte, e giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta impossibilità non imputabile della prestazione di lavoro, dall'altra, inglobano, infatti, nello spettro del lecito esercizio del potere di licenziamento figure che di per sé costituirebbero ipotesi di risoluzione del contratto: la risoluzione per inadempimento viene riassorbita dal licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo; la risoluzione per impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione di lavoro dal giustificato motivo oggettivo connesso a ragioni personali del lavoratore, cfr. Napoli M., 1980, 222 ss. e 385 ss. Queste specifiche causali del licenziamento danno così rilievo, al contempo, sia all'interesse del datore-creditore a non rimanere vincolato ad un contratto affetto da una patologia funzionale della causa (questo l'interesse soddisfatto in generale dalla risoluzione del contratto cfr. Bianca M., 1994, 263; Galgano F., 1981, 310)

Al di fuori delle ragioni specificamente ammesse dalla legge — che costituiscono cause in senso tecnico (197) e individuano, declinandolo al suo interno, l'unico interesse protetto dall'ordinamento — l'atto di licenziamento è discriminatorio. Il che è del resto coerente con il principio generale di tipicità degli atti unilaterali (e delle relative cause in astratto) (198).

Quella conclusione trova ora ulteriore conferma nel d.d.l. n. 3249 che, prevedendo per entrambi il medesimo regime di tutela, equipara il licenziamento determinato da un « motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. », ma non esclusivo (199) come invece richiesto dalla norma codicistica (200), al licenziamento discriminatorio (201).

Quello che si vuole, allora, è con tutta evidenza ribadire che qualunque causa giustificativa *diversa* da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento (202) — come tale, *ine-*

sia all'interesse del datore-organizzatore al funzionamento dell'organizzazione medesima (v. Tullini P., 1994, 221 ss.).

(197) Si adotta dunque la tesi che ritiene che giusta causa e giustificato motivo costituiscano la causa dell'atto di licenziamento. In dottrina, viceversa, è diffusa l'idea che giusta causa e giustificato motivo soggettivo e oggettivo costituiscano “presupposti di fatto” dell'atto di licenziamento che la legge — nell'area di applicazione dell'art. 18 st. lav. — richiede a pena di invalidità. Cfr., pur da diverse prospettive, Napoli M., 1980, 222 e 235; Ballestrero M.V., 1991, 103; Zoli C., 1988, 90; Nogler L., 2008, 35 ss.

(198) Cfr. Trimarchi P., 1986, 228. V. altresì Di Majo A., 1988, 4.

(199) In questa prospettiva, con riferimento alla disciplina vigente, v. Nogler L., 2008; Zoli C., 2008, 51 e Bolego G., 2011, 679 ss.

(200) È ovvio che venendo qui in considerazione un atto unilaterale il motivo non potrà essere comune.

(201) Per la sovrapponibilità di causa e motivi nel caso di atti unilaterali v. nota 185.

(202) È evidente che il controllo che il giudice opera con riferimento alla causa dell'atto di recesso è sempre un controllo di legittimità e mai un controllo di merito sulla bontà, proficuità, ecc. della scelta tecnico-organizzativa. Tale concetto è ribadito *ad abundantiam* dall'art. 30, c. 1, l. n. 183/2010. Sul punto cfr. se vuoi Carinci M.T., 2011.

Ora l'art. 14, c. 2, d.d.l. 3249 aggiunge all'art. 30, l. n. 183/2010, un ulteriore periodo ai sensi del quale « L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione delle norme di diritto ». La norma, in sostanza, non fa che ribadire che il giudice è chiamato ad applicare i concetti di giusta causa e giustificato motivo così come previsti dall'ordinamento, salvo il controllo sul punto della Corte di cassazione. In questo senso v. Ferraro G., 2012.

vitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa (203) — è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere (204) su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente.

Viceversa, come ben evidenzia la nozione di discriminazione indiretta accolta dall'ordinamento (205), caratteristiche, qualità, opinioni personali del lavoratore possono giustificare il licenziamento (come qualunque altro atto di esercizio del potere datoriale) solo quando siano assolutamente “essenziali e necessarie” per la realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo riconosciuto e protetto dal sistema.

(203) Da cui ne consegue, secondo la condivisibile opinione di Occhino A., 2011, 115, che è ormai « dato acquisito che il corpo è “organo della coscienza” [il che] porta concettualmente a selezionare come irripetibili tutti i dati costitutivi della persona del lavoratore: sia che facciano maggior riferimento al dato psico-fisico, sia che interrogino direttamente la sua coscienza e, oltre, il suo dettato morale, non assente al sistema lavoristico grazie al felice rinvio operato dall'art. 2087 del codice civile alla “personalità morale” ... E quel che ne deriva è l'acquisizione più completa della irripetibilità della persona del lavoratore ».

L'ipotesi che ricorre in giurisprudenza è quella del licenziamento di ritorsione o rappresaglia posto in essere dal datore a seguito di un comportamento legittimo del lavoratore o di sue legittime rivendicazioni, v. per es. Cass. 26 maggio 2001, n. 7188; Cass. 1 marzo 1996, n. 2335; Cass. 23 maggio 1996, n. 4747; per la giurisprudenza di merito v. T. Milano 24 novembre 2006, in *OGL*, 2007, I, 156 ss.; T. Milano 21 agosto 2008, in *OGL*, 2008, 751 ss.; A. Potenza 15 giugno 2005, in *RCDL*, 2005, 594 ss.; Pret. Frosinone 6 maggio 1999, in *RCDL*, 1999, 685 ss.; T. Roma 19 ottobre 1995, in *RIDL*, 1996, II, 876 ss. Cfr. Nogler L., 2008.

Si pensi, però, per fare qualche altro esempio, ad un licenziamento intimato al lavoratore in quanto tifoso di una squadra di calcio diversa da quella preferita dal datore di lavoro; acquirente di una automobile prodotta da una impresa concorrente; vittorioso in una partita a scacchi contro il datore di lavoro, cfr. Bolego, 2011.

(204) La giurisprudenza ha fino ad oggi ritenuto, in conformità al dettato dell'art. 1345 c.c., che il motivo illecito sia idoneo a determinare la nullità dell'atto di recesso solo se esclusivo e dunque non concorrente con la giusta causa o il giustificato motivo (cfr. Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, Cass. 20 febbraio 1995, n. 1843, Cass. 21 gennaio 1987, n. 551; per la giurisprudenza di merito P. Frosinone 6 maggio 1999, cit.; T. Roma 19 ottobre 1995, cit.).

(205) Cfr. per es. art. 25, c. 2, d.lgs. 198/2006 ai sensi del quale « Si ha discriminazione indiretta (...) quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino *requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*, purché l'obbiettivo sia legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari ».

5.3.4. *Il campo di applicazione delle tutele minori: licenziamento giustificato, ma sorretto da una causa quantitativamente o qualitativamente diversa da quella adottata dal datore di lavoro.*

Nella lettura appena proposta le tutele sono ancorate alla causa reale — non semplicemente dichiarata dal datore di lavoro — dell'atto di licenziamento, con la conseguenza della sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato. Una tale situazione toglie con tutta evidenza spazio alle tutele minori previste dall'art. 18, cc. 4-7 ("tutela reintegratoria attenuata" e "tutela indennitaria forte").

Tali forme di tutela, dunque, sono confinate in un'area residuale, destinate come sono ad operare *solo* quando l'atto di recesso del datore non sia discriminatorio, ma al contrario *sorretto da una causa conforme all'ordinamento* (206) e, però, la *giustificazione adottata* dal datore e comunicata al lavoratore (207) risulti *diversa, quantitativamente o qualitativamente*, da quella che *concretamente costituisce causa dell'atto* (208).

Quanto all'ipotesi della diversità *quantitativa*, è necessario distinguere fra licenziamento disposto per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, da una parte, e licenziamento disposto per giustificato motivo oggettivo, dall'altra.

In primo luogo, è possibile che il datore di lavoro irroghi un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo in

(206) La giurisprudenza — in coerenza con il fatto che giusta causa e giustificato motivo soggettivo costituiscono identica causa dell'atto di recesso, pur di diversa intensità — dispone la riqualificazione del licenziamento ai fini della concessione del preavviso, v. per es. Cass. 10 agosto 2007, n. 17604. Ovviamente la questione è suscettibile di diversa soluzione a seconda della tesi accolta in merito al concetto di giusta causa ed ai rapporti con il giustificato motivo soggettivo; per una ricapitolazione dei problemi v. Gragnoli E., 2001, 813 ss.

(207) L'art. 13 c. 1 del d.d.l. 3249, infatti, modifica l'art. 2, c. 2 della l. n. 604/1966 prevedendo che: « La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato ».

(208) Per espressa disposizione del nuovo art. 18, c. 6 nel caso di « violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604 » se il giudice accerta che « vi è anche un *difetto di giustificazione del licenziamento* (...) si applicano, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo » (corsivo di chi scrive).

verità sorretto da un inadempimento del lavoratore (209) meno che “notevole” e dunque idoneo a giustificare unicamente una sanzione disciplinare conservativa. In questo caso, infatti, l’ordinamento riconosce senza dubbio come lecita (dunque non discriminatoria) la causa — l’inadempimento (cfr. artt. 2106 c.c.) — ma, al contempo, la reputa insufficiente per costituire causa del licenziamento (art. 3, l. n. 604/1966). La diversità quantitativa fra causa posta a base dell’atto (inadempimento meno che notevole) e causa addotta dal datore di lavoro (giusta causa, giustificato motivo soggettivo) comporta — per esplicita volontà del legislatore — l’applicazione della “tutela reintegratoria attenuata” tutte le volte che il “fatto” (inadempimento) ritualmente “contestato” al lavoratore sia comunque rilevante sul piano contrattuale in quanto rientrante « tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili » (art. 18, c. 4).

Viceversa, il giustificato motivo oggettivo, non solo di tipo “personale” (sopravvenuta impossibilità della prestazione), ma anche e soprattutto di tipo economico, non è passibile di graduazioni di tipo quantitativo. Infatti i tre aspetti attraverso i quali si articola il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di tipo economico — la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il c.d. obbligo di *repêchage* (210) — altro non sono che angoli visuali da cui riguardare l’unitario ed indivisibile interesse tecnico-organizzativo del datore a modificare l’organizzazione esistente. Dunque, il giustificato motivo oggettivo di tipo economico o ricorre — in quanto connotato da tutti gli aspetti che lo caratterizzano — o non ricorre affatto, con la conseguenza che il licenziamento o è discriminatorio con conseguente applicazione della “tutela reintegratoria piena” oppure è connotato da una causa lecita *qualitativamente diversa*, positivamente ammessa dal sistema, con le conseguenze che verranno subito descritte.

In due ipotesi il licenziamento può essere sorretto da una

(209) Cfr. Ballestrero M.V., 1991, 97 ss.

(210) Il c.d. obbligo di *repêchage* è un controllo negativo sull’esistenza del nesso causale fra riorganizzazione disposta dal datore e mansioni del lavoratore v. se vuoi Carinci M.T., 2005, 19 ss.

causa *qualitativamente* diversa da quella addotta dal datore di lavoro.

Il caso più probabile è quello di un licenziamento disposto per giustificato motivo oggettivo ma in concreto determinato da giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Viene qui in considerazione — in conseguenza del rinvio operato dall'art. 18, c. 7, ultimo periodo (211) — l'art. 18, c. 4, nuovo testo il quale prevede che il giudice applichi la “tutela reintegratoria attenuata” nel caso di “insussistenza del fatto contestato”.

In un caso del genere, però, l'evenienza dell'“inesistenza del fatto contestato” (inteso come inadempimento) è destinata a realizzarsi sempre (212), con conseguente costante applicazione della “tutela reintegratoria attenuata”. È insito, infatti, nella premessa del ragionamento che il datore abbia intimato il licenziamento adducendo una ragione giustificatrice *diversa* da quella reale e dunque il “fatto” — la causa, cioè l'inadempimento imputabile (213) — non sia stato in alcun modo “*contestato*” al lavoratore con la motivazione del licenziamento. Dunque, la discrepanza fra “fatto” che determina in concreto il licenziamento e “fatto contestato” diviene elemento assorbente, da cui dipende sempre e comunque l'applicazione della “tutela reintegratoria attenuata”.

In conclusione, nell'interpretazione proposta, l'art. 18, c. 4, prevale rispetto all'art. 18, c. 6, che prevede in generale la “tutela indennitaria dimidiata” per la violazione di requisiti di forma e procedura. Né si può dubitare che la soluzione sia dotata di ragionevolezza: la mancata corretta e puntuale (214) contestazione dell'addebito impedisce in radice al lavoratore l'esercizio di quel diritto di difesa, riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di “valori di civiltà

(211) Ai sensi dell'art. 18, c. 7, ultimo periodo: « Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele ».

(212) Ma con riferimento all'ipotesi dello scarso rendimento del lavoratore v. Ichino P., 2012 che consiglia di irrogare il licenziamento adducendo al contempo un giustificato motivo soggettivo ed un giustificato motivo oggettivo.

(213) Il “fatto” che deve essere posto a base del recesso per integrare la giusta causa o giustificato motivo soggettivo è l'inadempimento del lavoratore almeno “notevole”, cfr. Ballestrero M.V., 1991, 97 ss.

(214) Anche l'“immediatezza” della contestazione si situa su questo piano, rendendo possibile al lavoratore l'efficace esercizio del diritto di difesa.

giuridica” (215), ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri puntivi riconosciuti dall’ordinamento, pubblici o privati che siano.

L’ipotesi opposta, viceversa, dell’irrogazione di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo quando, in verità, il recesso sia sorretto in concreto da un giustificato motivo oggettivo, specie se di tipo economico, appare abbastanza improbabile (216).

Comunque l’art. 18, c. 7, (217) prevede che il giudice applichi la “tutela reintegratoria attenuata” o la “tutela indennitaria forte” a seconda che verifichi la « *manifesta insussistenza* del fatto posto a base del licenziamento » (irrogato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) in realtà disposto per motivi oggettivi o ne accerti, invece, la semplice « *insussistenza* ». Poiché è nel presupposto del ragionamento che il licenziamento sia stato irrogato

(215) Cfr. Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204 che dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 7 commi 1, 2 e 3 interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari ha così motivato: « L’art. 7 commi 2 e 3 (...) raccoglie il ben noto sviluppo — ad un tempo socio politico e giuridico formale — che ha indotto ad esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell’atto che rinvia il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur (...) et altera pars*. Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già — come avviene nel processo giurisdizionale — il giudice per tradizione e per legge “*super partes*”, ma) *una pars*. Una volta introdotta con i commi 2 e 3 l’osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l’escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l’articolo 7 suona offesa dell’art. 3 pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre sanzioni disciplinari »; v. anche Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427; Cass., S.U., 30 marzo 2007, n. 7880. Per questo aspetto con riferimento all’art. 30 della CDFUE (sul quale *infra* § 5.3.7) v. Bruun N., 2006, 352.

Per la tesi dell’esistenza di una unitaria figura di illecito comune alle diverse branche del diritto v. Scognamiglio, 1962, 163 ss.

(216) Infatti Cass. 27 febbraio 2004, n. 4050 ha sì ritenuto ammissibile la conversione di un licenziamento irrogato per giustificato motivo soggettivo in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo legato alla persona del lavoratore, in quanto quest’ultimo aveva rifiutato di sottoporsi alle visite mediche di controllo disposte dal datore di lavoro non immotivatamente (inadempimento imputabile), ma per una grave agorafobia (impossibilità oggettiva non imputabile).

(217) Che l’art. 18 c. 7 sia applicabile a questa ipotesi si ricava dall’interpretazione estensiva dell’art. 18, c. 6 che — per l’ipotesi opposta di licenziamento irrogato per giustificato motivo oggettivo, ma in verità sorretto da giusta causa o giustificato motivo soggettivo — prevede l’applicazione dell’art. 18, c. 4.

in concreto per un “fatto” (causa) diverso da quello posto formalmente a base dell’atto (cioè giusta causa o giustificato motivo soggettivo) e non è dato immaginare alcuna differenza fra « insussistenza » e « manifesta insussistenza » della causa — la causa ricorre o non ricorre —, la norma, pur propendendo per quella obbligatoria, demanda qui la scelta della tutela al giudice.

5.3.5. *Ripartizione dell’onere della prova.*

Così delineati i presupposti applicativi delle tutele previste dal nuovo testo dell’art. 18 st. lav. rimane però da capire come il disegno di legge ripartisca i carichi probatori, a seconda che il lavoratore si dolga — in positivo — della causa illecita (*i.e.* discriminatoria) del licenziamento o — in negativo — dell’assenza di giusta causa o giustificato motivo, soggettivo od oggettivo, o ancora assuma che il licenziamento è sorretto da una causa, riconosciuta dall’ordinamento, ma diversa da quella posta dal datore a base del licenziamento.

Se secondo i principi generali, l’onere della prova della discriminazione — in quanto prova di una patologia della causa dell’atto di licenziamento (218) — dovrebbe sempre gravare sul lavoratore (219), è pur vero che le innegabili difficoltà che quest’ultimo incontra nel provare l’effettiva ragione posta a base dell’atto datoriale hanno indotto il legislatore negli ultimi anni a modificare quella regola prevedendo, in una serie di disposizioni che per la loro ripetitività e costanza fondano a loro volta un diverso principio di ordine generale (220), non semplici presunzioni, bensì una vera e propria, seppur parziale, inversione dell’onere della prova a carico del datore (221).

Sono in particolare le norme in tema di “discriminazione indiretta” che fondano in generale — con riferimento a tutte le ipo-

(218) La liceità della causa non è infatti, per opinione condivisa, fatto costitutivo, la cui concreta esistenza debba essere provata da chi pretende che l’atto produca i propri effetti. In generale sull’onere della prova nel diritto del lavoro v. Vallebona A., 1988.

(219) Il principio è pacifico cfr. per es. Cass. 14 luglio 2005, n. 14816; Cass. 15 novembre 2000, n. 14753.

(220) Cfr. art. 2, c. 1, lett. *b*, e art. 4, c. 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 2, c. 1, lett. *b*, e art. 4, c. 4, d.lgs. n. 216/2003; art. 25, c. 2, e art. 40 d.lgs. n. 198/2006; art. 43, lett. *e*, art. 44, c. 9, d.lgs. n. 286/1998.

(221) V. T. Genova, ord. 8 aprile 2011, in *RIDL*, 2011, II, 1104.

tesi di discriminazione — una “prova indiretta della discriminazione”. Quelle norme, infatti, contrariamente a quanto potrebbe a prima vista sembrare, non introducono un diverso concetto di discriminazione, ulteriore rispetto a quello delineato dall’art. 15 st. lav. che, viceversa, si limitano a chiarire e specificare, ma — ferma restando la generale nozione di discriminazione come illiceità della causa dell’atto — consentono al lavoratore la “prova indiretta della discriminazione”. Sulla base del diverso principio introdotto da tali disposizioni, infatti, il lavoratore non è più tenuto a provare in ogni caso la patologia dell’atto datoriale di recesso, ma può limitarsi, ove possibile, a fornire la prova, anche sulla base di dati di carattere statistico, che il gruppo a cui appartiene è posto dal datore in posizione di “particolare svantaggio” (222); in tal caso poi è il datore a dover dimostrare che la discriminazione non sussiste, cioè che il singolo atto di licenziamento da lui posto in essere è sorretto da una causa lecita (223) (cioè si fonda su un requisito « essenziale allo svolgimento dell’attività lavorativa ») (224).

L’inversione in parola però, per come strutturata, è destinata ad operare solo con riferimento alle discriminazioni seriali o di gruppo; in ogni altro caso, invece, rimane ferma la regola generale che imputa al lavoratore l’onere della prova della causa illecita.

Spetta, viceversa, sempre al datore la prova della sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo (art. 5, l. n. 604/1966).

Nel sistema vigente, dunque, l’onere della prova si ripartisce diversamente a seconda della domanda proposta in giudizio dal lavoratore. Tale diversa ripartizione dei carichi probatori, però, nell’area di applicazione dell’art. 18 st. lav., non determina conseguenze, dal momento che la tutela reale è destinata ad operare tanto nel caso di licenziamento discriminatorio, che di licenziamento non assistito da giusta causa o giustificato motivo. Dunque, per il lavoratore oggi è decisamente più conveniente agire in giudizio contestando l’esistenza della giusta causa o del giustifi-

(222) Questa l’espressione utilizzata da tutte le norme in tema di discriminazione indiretta. V. se vuoi Carinci M.T., 2005, 191 ss.

(223) Cfr. per questa lettura, con riferimento alle disposizioni della l. n. 125/1991, Taruffo M., 1992, 739 ss.

(224) Così per es. art. 25, c. 2, d.lgs. n. 198/2006 che delinea il concetto di discriminazione indiretta per sesso.

cato motivo (piuttosto che la discriminazione) poiché, ove il datore non assolva al proprio onere probatorio, otterrà comunque l'applicazione della massima tutela.

Il d.d.l. n. 3249 non modifica esplicitamente la ripartizione dei carichi probatori appena descritta (225), ma mira a diversificare le tutele. La conseguenza sarebbe che, ove il lavoratore provi che licenziamento è sorretto da una causa illecita specificamente individuata goda della “tutela reintegratoria piena”, ove invece il datore non provi la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo o oggettivo, che sorregge concretamente l'atto di licenziamento, il lavoratore benefici di una tutela minore.

Se si conviene, tuttavia, che in linea di principio (226) licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato coincidono, si arriva al risultato di riconoscere al lavoratore una minore tutela in presenza di una *medesima e certa patologia* dell'atto di licenziamento. Si tratta, con tutta evidenza, di un esito interpretativo illogico e contraddittorio.

Se si considera inoltre che la minore tutela sarebbe destinata a trovare applicazione nella maggior parte dei casi a causa *della particolare difficoltà di fornire la prova positiva della specifica discriminazione* posta a base di quel licenziamento, non c'è chi non veda che l'interpretazione risulta in contrasto con il principio di “disponibilità” e “prossimità della prova” (art. 24 Cost.) secondo cui ove i fatti siano noti esclusivamente o prevalentemente al datore di lavoro — com'è nel caso di illiceità/discriminatorietà del licenziamento — è quest'ultimo a dover essere gravato della prova in giudizio (227).

(225) Di contrario avviso Carinci F., 2012b, 22 che valorizza l'art. 18, c. 6, nuovo testo ai sensi del quale: « Qualora nel corso del giudizio, *sulla base della domanda formulata dal lavoratore*, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo » (corsivo di chi scrive).

(226) Salva l'ipotesi del licenziamento determinato da un inadempimento meno che “notevole”, cfr. § 5.3.4.

(227) Cfr. Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141 che — sulla base del principio della prossimità e disponibilità della prova — grava il datore di lavoro dell'onere di provare i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 st. lav.; conformi Cass. 16 marzo 2009, n. 6344; Cass. 23 luglio 2008, n. 20320; Cass. 17 maggio 2002, n. 7227; Cass. 22 gennaio 1999, n. 613. Analogamente Cass. 25 luglio 2008, n. 20484 grava il datore di lavoro dell'onere di provare l'effettivo incremento dell'attività aziendale da cui dipende il diritto del lavoratore alla corresponsione di un premio di produttività. Ancora Cass. 1 luglio 2009, n. 15406 con

Si deve allora concludere che la nuova disciplina in tema di licenziamento discriminatorio, letta alla luce dei principi costituzionali (artt. 24 (228) e 111 Cost., da una parte; artt. 2, 3, 4, 35, 41, 2 comma, Cost. dall'altro), impone un'interpretazione adeguatrice delle norme in tema di prova della discriminazione (o, il che è lo stesso, del motivo illecito determinante), così da onerarne il datore di lavoro, sia nell'ipotesi di cui il lavoratore agisca in giudizio lamentando una discriminazione, sia nel caso in cui contesti la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo o oggettivo di licenziamento addotti dal datore di lavoro.

Potrà, poi, accadere che il lavoratore agisca in giudizio contestando la sussistenza della causale addotta dal datore e adducendo la sussistenza di una ragione giustificatrice diversa, dal punto di vista quantitativo o qualitativo. Qui l'evenienza più probabile è che il lavoratore ritenga il proprio inadempimento "meno che notevole" e, dunque, non tale da integrare un giustificato motivo soggettivo di licenziamento. In questo caso, in applicazione della regola posta dall'art. 5, l. n. 604/1966, l'onere della prova del giustificato motivo soggettivo — e dunque della "notevolezza" dell'inadempimento — spetta al datore di lavoro, che dunque dovrà dimostrare la gravità dell'inadempimento (229). La riconduzione, poi, della specifica ipotesi di inadempimento di cui il datore abbia fornito la prova ad una delle infrazioni disciplinari estintive o conservative previste dai contratti collettivi o dai codici disciplinari applicabili non spetta alle parti, ma al giudice nella sua consueta attività interpretativo/qualificatoria.

Non diversamente si deve ragionare nella ipotesi di differenze qualitative fra causale addotta dal datore e causale posta concretamente a base del licenziamento: anche in questo caso l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo

riferimento alla prova della sostituzione di lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto da cui dipende il diritto del lavoratore adibito a mansioni superiori alla promozione automatica ai sensi dell'art. 2103 c.c. Più in generale, con riferimento alla prova dell'inadempimento da parte del creditore, Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533.

(228) Cfr. Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141 che richiama esplicitamente l'art. 24 Cost. per fondare il principio di riferibilità o vicinanza della prova. Ugualmente Proto Pisani A., 2006, 710; De Luca M., 2009, 981 s.

(229) Sembrano arrivare alle stesse conclusioni — pur nell'ambito di ricostruzioni diverse — Speciale V., 2012.

o oggettivo spetta, ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, al datore di lavoro.

5.3.6. *Ulteriori ipotesi interpretative: la “scomposizione” del licenziamento ingiustificato ai fini della modulazione delle sanzioni o delle tutele.*

Non si può negare che l'interpretazione proposta, pur conforme alle scelte legislative *in itinere* in tema di discriminazioni, riduca fortemente la portata innovativa del d.d.l. n. 3249.

Altre letture avanzate in dottrina, viceversa — nell'ottica di assecondare la volontà del legislatore storico di diminuire le tutele del licenziamento — mirano ad allargare il più possibile l'area di applicazione della “tutela reintegratoria attenuata” e della “tutela in-dennitaria forte” a scapito della “tutela reintegratoria piena”. Per raggiungere tale obbiettivo le letture in parola, in contrasto con il dettato dell'art. 18, c. 1, adottano una interpretazione restrittiva di licenziamento discriminatorio (che viene circoscritto alle ipotesi specificamente tipizzate dalla legge), affermano l'esistenza di una figura di licenziamento ingiustificato ma lecito (non discriminatorio) e soprattutto — è questo l'elemento rilevante — ammettono che il licenziamento ingiustificato persegua un interesse che pur rimanendo indeterminato è *inevitabilmente diverso da quello tecnico-organizzativo positivamente riconosciuto dal sistema* (230).

Esponente di questa linea di pensiero è in primo luogo chi (231) ritiene che il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. operi una distinzione fra profilo concernente l'illegittimità del licenziamento e profilo concernente le *sanzioni* che ne conseguono: se, infatti, non si registra nessuna novità in ordine alle causali giustificative del recesso, invece le nuove *sanzioni* poste dalla legge a carico del datore di lavoro sarebbero ora collegate all'esistenza o inesistenza del “fatto materiale” posto a base del licenziamento (232). Se-

(230) In quanto appunto non risultano integrate le ragioni giustificatrici (giusta causa, giustificato motivo soggettivo ed oggettivo) che denotano invece il perseguimento dell'interesse tecnico-organizzativo.

(231) Maresca A., 2012b; Id., 2012a, 14 ss.

(232) Oltre che alla riconducibilità del fatto ad una infrazione punibile con una sanzione conservativa per espressa previsione della legge, del contratto collettivo o del codice disciplinare, v. art. 18, c. 4.

condo questa tesi, dunque, il “fatto materiale” rileva in due diverse prospettive: prima di tutto, se esistente, “costituisce la causale legittimante” del licenziamento giustificato, mentre se inesistente comporta l’“ingiustificatezza” del licenziamento; al contempo l’inesistenza di quello stesso “fatto materiale” determina la graduazione della sanzione « che si prevede più rigorosa ed incisiva (la reintegrazione) *se il fatto non sussiste*, meno forte (l’indennità risarcitoria), se il giudice ritiene [che] quel fatto, *pur esistente*, non sia tale da integrare la causale legittimante » (233). « Quindi — si afferma — la distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo opera in una duplice prospettiva sia in presa diretta per quanto attiene la legittimità del licenziamento sia con riferimento alla selezione della sanzione applicabile » (234).

Come dire che l’esistenza in concreto di un “fatto materiale” addotto dal datore di lavoro, che non assurge a valida giustificazione del licenziamento — non integra cioè la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo o oggettivo —, è tuttavia idoneo, ove realmente “accaduto”, a rendere meno riprovevole il comportamento del datore — che ha per così dire “affermato il vero” — e quindi a diminuire le tutele del lavoratore. In conclusione, secondo questa impostazione, la sanzione “indennitaria forte” opererebbe in caso di semplice insussistenza del “fatto materiale” e la sanzione “reintegratoria attenuata” invece in caso di « assoluta pretestuosità del licenziamento, poiché il fatto materiale che lo avrebbe dovuto giustificare si palesa del tutto inesistente » (235).

La questione centrale della tesi appena esposta risiede nel significato da attribuire alla nozione di “fatto materiale” la cui esistenza, insussistenza e manifesta insussistenza determina la modulazione delle sanzioni: per “fatto materiale” deve intendersi una *qualunque condotta* attiva od omissiva posta in essere dal lavoratore (aver assistito alla partita di calcio la domenica, non aver sor-

(233) Tutte le citazioni tra virgolette sono di Maresca A., 2012a, 14. Sottolineatura di chi scrive.

(234) Maresca A., 2012b, 18.

(235) Maresca A., 2012b, 19. Ma sulla stessa falsariga Ichino P., 2012, 9 sostiene che debba applicarsi la “tutela reintegratoria attenuata” nel caso in cui la « radicale insussistenza del fatto con cui il licenziamento è motivato possa far pensare a un motivo occulto illecito o di mero arbitrio ».

riso al datore di lavoro la mattina) oppure è necessario un comportamento qualificabile come *inadempimento contrattuale* (anche se meno che “notevole”) (236)? Per “fatto materiale” deve intendersi una *qualunque decisione organizzativa poi non effettivamente realizzata* oppure tale decisione deve rivestire caratteri predefiniti? Se poi il “fatto materiale” risulta “*totalmente inesistente*” o “*assolutamente pretestuoso*”, cioè privo fin’anche di una parvenza di verosimiglianza, come non pensare che sia diretto a perseguire uno degli interessi specificamente riprovati dall’ordinamento (politici, sindacali, di sesso, di razza ecc.) e dunque che si tratti di un licenziamento discriminatorio?

Altri autori — pur ritenendo che l’art. 18 st. lav. nuovo testo non configuri sanzioni per comportamenti riprovevoli del datore di lavoro, ma reazioni dell’ordinamento a patologie dell’atto di licenziamento — hanno sostenuto che la tutela “reintegratoria attenuata” e la “tutela indennitaria forte” debbano trovare applicazione qualora non ricorrano tutte, ma solo alcune delle *componenti strutturali* della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo (per es. non sia rispettato il principio di proporzionalità o di immediatezza) ed oggettivo (per es. non sia rispettato il c.d. obbligo di *repêchage* (237).

Tali ricostruzioni non sembrano convincenti.

Da una parte, infatti, nell’attuale sistema non pare possibile una “graduazione dell’inesistenza della causa” di licenziamento, salva l’ipotesi dell’inadempimento meno che “notevole” del lavoratore (238), come illustrato nel paragrafo che precede: le varie componenti strutturali della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo ed oggettivo altro non sono che prospettive, angoli vi-

(236) Opta per il primo corno dell’alternativa Ichino P., 2012, 11 il quale sostiene che nel caso il lavoratore abbia comunque commesso una “mancanza” passibile di sanzione disciplinare si applicherà la “tutela indennitaria forte”, ove la mancanza non ricorra si applicherà la “tutela reintegratoria attenuata”.

(237) Carinci F., 2012 b. *Contra* con argomentazione molto convincente Liso F., 2012, 3.

(238) In dottrina, infatti, non si è mancato di sottolineare che pretendere di agganciare alla « insussistenza » (art. 18, c. 4) o « manifesta insussistenza » (18, c. 7) del “fatto” la graduazione della sanzione significa in sostanza demandare al giudice ogni decisione in ordine alla “sanzione” applicabile in caso di licenziamento ingiustificato, così per es. v. Rusciano M., 2012.

suali, che permettono al giudice il controllo di un fenomeno concettualmente unitario e dunque non scomponibile al suo interno.

D'altra parte ritenere che la "manifesta insussistenza" o l'assoluta pretestuosità delle ragioni addotte dal datore non denoti per ciò stesso il carattere discriminatorio del licenziamento vuol dire, nella sostanza, espungere la figura dall'ordinamento.

5.3.7. *Vincoli giuridici e ragioni economiche di una "adeguata tutela economica" contro il licenziamento ingiustificato. L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.*

Nella ricostruzione proposta licenziamento discriminatorio e ingiustificato coincidono e beneficiano in conseguenza della medesima "tutela reale piena", che comporta, fra l'altro, l'integrale ristoro delle perdite subite dal lavoratore dal momento del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione.

Non si dubita, tuttavia, che in dottrina (239) verranno avanzate e fortemente sostenute ricostruzioni volte, al contrario, ad individuare ipotesi di licenziamento ingiustificato ma non discriminatorio, cui riconoscere quelle minori tutele previste dal nuovo testo dell'art. 18 st. lav., che — reali o obbligatorie che siano — fissano comunque limiti (240) massimi all'ammontare dell'« indennità risarcitoria » (241) dovuta al lavoratore.

Al momento non è dato sapere se l'individuazione di tali soglie massime inciderà o meno sulla possibilità per il lavoratore di ottenere comunque un adeguato ristoro. Infatti è in primo luogo la durata del processo che fa lievitare le perdite subite dal lavoratore, una durata molto variabile oggi a seconda del Tribunale adito (242). Su tale aspetto il d.d.l. n. 3249 cerca di intervenire, vuoi

(239) Già vanno in questa direzione i commenti di: Ichino P., 2012; Maresca, 2012a e 2012b.

(240) Cfr. § 5.3.1 per i "tetti" posti all'indennità risarcitoria per ogni distinta forma di tutela.

(241) Questa è, infatti, l'espressione utilizzata dal d.d.l. 3249 per indicare le compensazioni economiche dovute al lavoratore nell'ambito di tutte le forme di tutela minori; solo nel caso di "tutela reale piena" — come nell'attuale testo dell'art. 18 st. lav. — si parla di « indennità ».

(242) Secondo le stime della Banca d'Italia nel 2006 la durata media di un processo di cognizione in materia di lavoro era pari a 861 giorni, ma con forti differenze a se-

abbreviando i termini di impugnazione del licenziamento da duecentosettanta a centottanta giorni (243), vuoi introducendo un nuovo « Rito speciale per le controversie in tema di licenziamenti » (244) improntato al superamento di « ogni formalità non essenziale » (245). È però incerto se il “rito speciale” possa produrre gli esiti voluti (246).

Senza entrare nel merito delle questioni processuali — che sono molte e complesse —, pare utile tuttavia domandarsi se, ferma la discrezionalità del legislatore nell’individuazione del tipo di tutela, nel caso di scelta a favore di una compensazione economica, la fissazione del suo ammontare sia libero oppure debba soddisfare determinati parametri.

Al riguardo utili indicazioni possono essere tratte dall’art. 30 CDFUE ai sensi del quale « Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali ».

La norma, infatti, — che ha oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati (247) — nel fondare il (nuovo) (248) diritto (249) « alla

conda dell’area geografica (1031 giorni al Sud; 842 giorni al Centro e 521 giorni al Nord), cfr. Banca d’Italia, 2009, 7.

Un esempio particolarmente virtuoso è costituito dal Tribunale di Milano, dove la durata media dei processi è di 6,5 mesi, cfr. l’articolo di Bassi G., 2012, 26, che riporta una intervista al Presidente della sezione lavoro del Tribunale di Milano Dott. P. Martello.

(243) L’art. 13 c. 2 del d.d.l. 3249 modifica l’art. 6, c. 2, l. n. 604/1966 riducendo da 270 a 180 giorni il termine, posto a pena di inefficacia della impugnazione del licenziamento, per il deposito del ricorso nella cancelleria del Tribunale.

(244) Cfr. artt. 16-21 del d.d.l. 3249.

(245) Cfr. art. 17, c. 2 del d.d.l. 3249.

(246) V. per es. Papaleoni M., 2012.

(247) La Carta di Nizza è stata inserita nel TUE con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009; da quel momento la CDFUE ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (v. art. 6, TUE) e dunque esplica efficacia diretta nell’ambito degli ordinamenti dei paesi dell’Unione (v. T. Siena, 27 settembre 2010, in *LPA*, 2010, II, spec. 882), fondando l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le regole interne, tanto precedenti quanto successive, che dispongano in senso difforme. Cfr. Izzi D., Roccella M., 2010, 289 s.

(248) In genere, infatti, la CDFUE non crea nuovi diritti sociali, ma ha portata ricognitiva di diritti esistenti; un’eccezione è costituita dal diritto al licenziamento giustificato, cfr. Caruso B., 2011, 21; Calcaterra L., 2008.

(249) Si ritiene quindi che l’art. 30 CDFUE fondi un diritto, sufficientemente dettagliato e specifico e non un principio che necessiti di una attuazione da parte del legisla-

tutela contro ogni licenziamento ingiustificato », assume i caratteri di una previsione *self-executive* (250), non solo nella sua prima parte, laddove dispone un divieto di “licenziamento ingiustificato”, ma anche nella seconda, laddove ne fonda la “tutela” (251), sul presupposto — secondo una tesi autorevolmente sostenuta (252) — che i diritti fondamentali siano rilevanti nell’ambito degli ordinamenti nazionali quando rientrino *in una materia di competenza dell’Unione anche se tale competenza non sia stata ancora esercitata* (per la « protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro », v. art. 153 TFUE) (253).

tore comunitario o nazionale (cfr. art. 52, § 5 CDFUE). Per la distinzione fra diritti e principi cfr. Mutarelli M.M., 2007, 24 ss.

(250) Le norme del Trattato esplicano un effetto diretto tanto verticale che orizzontale.

(251) Secondo Ballestrero M.V., 2007b, 16 l’art. 30 della Carta di Nizza, ove fosse divenuto vincolante, avrebbe addirittura potuto fondare un diritto alla reintegrazione per lo meno nei casi di più grave violazione dei diritti del lavoratore; per Zoppi L., 2011, 75 l’art. 30 fonda un obbligo di motivazione in capo al datore; Calcaterra L., 2008, 50 ritiene che solo la prima parte la norma sia sufficientemente specifica, laddove prescrive l’obbligo di giustificazione, mentre lascia alla discrezionalità degli Stati membri l’individuazione delle forme di tutela.

(252) Cfr. le conclusioni dell’avv. generale Sharpston E. presentate il 30 settembre 2010 nella C-34/09, *Zambrano*.

In senso adesivo in dottrina cfr. Hendrickx F., 2011, 75 ss.; Bronzini G., 2011, 39 ss.; Mutarelli M.M., 2007, 34; Giubboni S., 2004, 12 s.; di contrario avviso Orlandini G., 2012. Viceversa la Corte di Giustizia e la nostra Corte costituzionale (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80) ritengono che la CDFUE operi solo quando il diritto fondamentale appartenga ad una materia con riferimento alla quale non solo sia riconosciuta la competenza legislativa dell’Unione, ma questa sia stata effettivamente esercitata.

(253) Se si accoglie la tesi riportata nel testo — pur mantenendo il diritto dell’Unione entro i limiti dei propri poteri — si evita « la necessità di creare o di promuovere fittizi o ipotetici nessi con il diritto dell’Unione » (in particolare con la libertà di circolazione) e si valorizza, al contrario, la cittadinanza dell’Unione destinata « ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri ». « Tale *status* non si concilia con il concetto secondo cui la tutela dei diritti fondamentali è parziale e frammentaria; che dipende dall’effetto diretto di qualche disposizione sostanziale rilevante o dal fatto che il Consiglio o il Parlamento europeo abbiano esercitato poteri legislativi. A lungo andare solo una perfetta tutela dei diritti fondamentali ai sensi del diritto dell’Unione in tutti i settori di competenza esclusiva o condivisa dell’Unione si adatterebbe al concetto di cittadinanza europea ». Adottare la tesi contraria, che subordina la tutela dei diritti fondamentali all’esercizio effettivo del potere legislativo da parte delle istituzioni dell’Unione, significa assicurare ai diritti fondamentali una tutela contingente « in antitesi con il modo in cui le democrazie contemporanee legittimano l’autorità dello Stato ». Le citazioni fra virgolette sono

L'art. 30 CDFUE, infatti, seppure all'apparenza non specifico, si riempie di precisi contenuti, ove letto alla luce del dettato, molto più ricco e dettagliato dell'art. 24 della Carta sociale europea (CSE) del 1961, nel testo revisionato nel 1989 (254).

Del resto è la stessa CDFUE che, in un "gioco di rinvii", richiede che l'art. 30 sia interpretato proprio sulla base dell'art. 24 CSE. L'art. 6 del TUE (255) prescrive infatti, da un lato, che « I diritti, le libertà e i principi della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea siano] interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta, che disciplinano la sua interpretazione ed applicazione »; e richiede, dall'altro, che siano tenute « in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni »; spiegazioni che, con riferimento all'art. 30, si aprono proprio con la precisazione che « Questo articolo deriva dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea ».

Ma quali sono le prescrizioni dell'art. 24 CSE rilevanti per il discorso che si va conducendo?

Se, in conformità al "metodo interpretativo consolidato" (256), accolto (257) dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo

tratte dalle conclusioni dell'avv. generale E. Sharpston presentate il 30 settembre 2010 nella C-34/09, *Zambrano*.

(254) Il testo della CSE revisionato nel 1989 è stato ratificato dall'Italia senza riserve. L'art. 24 recita: « Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale ».

(255) Ma cfr. anche art. 151 del TFUE, che contiene uno specifico richiamo alla CSE.

(256) Il metodo ha ricevuto in generale il convinto appoggio della dottrina; con specifico riferimento all'art. 30 CDFUE v.: Bruun N., Lörcher K. 2011, 353 ss.; Bruun N., 2006, 337 ss.; Heerma van Voss G., 2011. V. anche Caruso B., 2011, 22 ss.

(257) Cfr. Izzi D., Roccella M., 2010, 303 ss. per l'analogia compiuta dalla Corte di Giustizia, che ai fini della costruzione di un catalogo di diritti fondamentali prima della inclusione della Carta di Nizza nel TCE, non ha esitato ad attingere ai più svariati strumenti di diritto internazionale posti a tutela dei diritti umani (CEDU, convenzioni

in materia di diritti fondamentali a partire dal caso *Demir* (258), si legge l'art. 24 CSE non atomisticamente (259), ma alla luce di tutti gli indicatori presenti nel sistema (260) e qui, in particolare (261), alla luce delle decisioni assunte, nell'ambito delle sue funzioni di interpretazione della CSE, dal Comitato Europeo dei Di-

OIL, CSE, Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali). Cfr. nello stesso senso anche le conclusioni dell'avv. Mengozzi presentate il 23 maggio 2007 nella causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet et alii* e le conclusioni dell'avv. Poiares Maduro, presentate il 23 maggio 2007, nella causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

(258) Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grand Chamber, 12 novembre 2008, *Demir and Baykara v Turkey*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sez. III, 21 aprile 2009, *Energy Yapi, Yol Sen v Turchia*, in *RIDL*, 2009, II, 970 ss., con nota di BRONZINI G.

(259) La versione rivisitata dell'art. 24 della CSE è stata per ora ratificata solo da 13 dei 27 Paesi dell'Unione: mentre 19 dei 27 Paesi dell'Unione hanno ratificato la Carta nel suo complesso; 4 hanno posto riserve alla ratifica dell'art. 24 (Austria, Belgio, Ungheria e Svezia). Tuttavia secondo la Corte di Strasburgo non è necessario che lo Stato abbia ratificato tutti gli strumenti internazionali pertinenti a una certa materia, risultando invece sufficiente « *for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies* » (cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 12 novembre 2008, *Demir*, cit., punto 86). Ragionando in questo modo divengono rilevanti per interpretare l'art. 30 CDFUE anche altre fonti di diritto internazionale, quali, per esempio, la convenzione OIL 158/1982 « Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro », peraltro non ratificata dall'Italia. Ma anche se si volesse porre in discussione questa conclusione, comunque, l'Italia, come anticipato, ha ratificato nella sua interezza la nuova versione della CSE, cosicché almeno con riferimento al nostro Paese, non si può dubitare della possibilità di interpretare l'art. 30 CDFUE alla luce dell'art. 24 CSE.

(260) Fra gli indicatori vanno considerate le altre fonti internazionali che riconoscono diritti comparabili, le pronunce degli organi deputati alla supervisione nell'applicazione dei Trattati, le pratiche invalse nei Paesi europei che denotano la presenza di valori comuni. Riferendosi in particolare all'art. 11 della CEDU la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 12 novembre 2008, *Demir*, cit., specifica: « *The Court must interpret and apply it in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory* » (punto 66); cosicché per stabilire il significato della convenzione la Corte « *can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values* » (punto 85).

(261) Altro dato rilevante sono le precisazioni contenute nell'« Appendice » alla CSE nel testo revisionato nel 1989, che costituisce, del resto, « parte integrante della Carta stessa ».

ritti sociali (262) si ricava non solo che il licenziamento deve essere giustificato, cioè sorretto da una ragione attinente alle capacità del lavoratore, alla sua condotta o a requisiti tecnici e occupazionali del datore di lavoro (263), che le eccezioni al principio di giustificazione sono solo quelle previste specificamente dalla norma (264), che la prova della giustificazione deve essere posta, almeno in parte, a carico del datore di lavoro (265), ma anche — ed è questo l'elemento di maggior interesse — che al lavoratore deve essere assicurata una “tutela adeguata”. Essa può sì sostanziarsi sia in un rimedio reintegratorio che risarcitorio, ma in quest'ultimo caso la somma corrisposta al lavoratore deve essere compren-

(262) Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali è l'organo deputato a valutare la conformità alla CSE delle diverse legislazioni nazionali, e, dunque, in primo luogo ad interpretare le norme della Carta dei Diritti Sociali. Il Comitato non è tuttavia un organo giurisdizionale, ma è organo tecnico composto di esperti.

Le pronunce del Comitato Europeo dei Diritti sociali sono reperibili in http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ecsr/ecsrdfault_EN.asp.

(263) Così per es. non solo si chiarisce che il licenziamento privo di ogni giustificazione è contrario all'art. 24 (cfr. Decisione su Francia 2008); ma anche che la “ragionevole giustificazione” si sostanzia in ragioni connesse con le capacità del lavoratore, con la sua condotta o in requisiti occupazionali del datore di lavoro (cfr. Decisione su Albania 2008). V. del resto anche art. 4 Convenzione OIL 158/1982.

Si precisa poi che il licenziamento sulla base dell'età non costituisce una valida ragione di recesso, se non altrimenti oggettivamente e ragionevolmente giustificato (per es. Decisioni su Malta, Moldavia, Olanda, Norvegia, Portogallo 2008; Italia 2007). Ancora si prescrive che una protezione particolarmente incisiva va assicurata nei confronti del licenziamento discriminatorio, nell'ambito del quale vanno ricompresi anche le ipotesi di licenziamento di ritorsione, per aver il lavoratore adito il giudice o un'altra autorità competente per tutelare i propri diritti (per es. Decisioni su Malta, Olanda, Portogallo 2008). Si sancisce che può costituire valida giustificazione del recesso il provvedimento di carcerazione emesso da un giudice solo se il provvedimento medesimo è emesso per violazioni connesse al rapporto di lavoro e non invece, se questa correlazione non ci sia, e dunque sulla base della durata del periodo in cui il lavoratore è impossibilitato ad eseguire la prestazione (Decisione su Romania, Azerbaijan, Bulgaria 2008).

Su questa stessa linea di pensiero pur con diverse impostazioni Nogler L., 2008, 18; Ales E., 2001, 122 s.

(264) Così per es. si statuisce che le esclusioni dalla applicazione della norma sono solo quelle esplicitamente previste dall'“Appendice” alla Carta e che altre sono contrarie all'art. 24, quali quelle che escludono il personale in prova per la durata complessiva di 6 mesi, senza riguardo alla qualifica del lavoratore (cfr. Decisioni Italia, Cipro 2008) o escludono il personale domestico o gli atleti professionisti o i dirigenti (per es. Decisione su Malta, Italia 2008; Italia 2007).

(265) Cfr. Decisione su Malta, Norvegia, Portogallo 2008.

siva di *tutte* le perdite economiche subite dal lavoratore *dalla data del licenziamento a quella della sentenza ed*, inoltre, deve essere idonea a costituire, allo stesso tempo, *efficace deterrente* per il datore e *proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima* (266).

Ne consegue la contrarietà all'art. 24 CSE — e al contempo, per il descritto “gioco dei rinvii”, all'art. 30 CDFUE — di limitazioni delle compensazioni economiche che non permettano l'integrale copertura delle perdite e dei danni patiti dal lavoratore dal giorno del licenziamento a quello della sentenza.

Se così stanno le cose, l'art. 30 CDFUE è destinato a riverberare i propri effetti su tutti quegli ordinamenti dei paesi dell'Unione che, con diverse modalità, prevedano limiti massimi al “risarcimento” dovuto al lavoratore, compreso quello italiano.

Certo sullo sfondo del ragionamento fin qui condotto rimane il problema del bilanciamento fra diritti sociali fondamentali e libertà economiche riconosciute dai Trattati — bilanciamento effettuato dalla Corte in modo “sbilanciato” (267) nelle note sentenze *Laval*, *Viking*, e *Commissione contro Repubblica Federale di Germania* (268) — di cui è difficile allo stato preconizzare gli sviluppi (269).

(266) Cfr. Decisione su Romania, Albania, Cipro, Finlandia 2008; Bulgaria, Estonia 2007. Cfr. decisione su Bulgaria 2008 ove il comitato dichiara la legislazione nazionale non conforme all'art. 24 CSE a causa della durata del processo in quel Paese; v. anche decisione su Estonia 2007.

(267) La Corte di Giustizia, infatti, nell'operare il bilanciamento fra i diritti sociali fondamentali di contrattazione collettiva e di sciopero e le libertà economiche previste dal Trattato, è partita dal presupposto della sovra-ordinazione di queste ultime per poi valutare la conformità delle azioni collettive ai parametri di adeguatezza e proporzionalità, cfr. Izzi D., Roccella M., 2010, 305 ss.; Ballestrero M.V., 2008, 371 ss.; Sciarra S., 2008, 245 ss.; Carabelli U., 2008, 147 ss.; Id., 2009, 152 ss.; Id., 2012, 1411 ss.; Corti M., 2008, 249 ss.; Orlandini G., 2008, 237 ss.; De Salvia A., 2008, 792 ss.

(268) Cfr. Cgec 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et alii*, Cgec 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*; Cgec, 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea v. Repubblica Federale di Germania*.

(269) Esprimono posizioni pessimiste sulla possibilità che la Corte di Giustizia possa a breve rivedere le proprie posizioni: Izzi D., Roccella M., 2010, 307 s.; Carabelli U., 2012, 1430; v. anche Ballestrero M.V., 2007a, 21 ss. Più ottimisti invece Hendrickx F., 2011, 85; Caruso B., 2010, 16 s.; Caruso B., Militello M., 2009, 181 s.; Bronzini G., 2011, 42 ss.

SEZIONE IV
CONCLUSIONE. QUALE MODELLO ALTERNATIVO?

6. *Quale modello alternativo? Dalla flessibilità numerica, alla flessibilità temporale e funzionale.*

Volendo sunteggiare in qualche battuta il discorso che si è fin qui condotto, appare evidente come il d.d.l. 3249, nella prospettiva di chi scrive, non modifichi di molto il quadro normativo attualmente esistente, perché, da un lato, riduce solo parzialmente la flessibilità in entrata e dall'altro, seguendo l'interpretazione proposta, non amplia la flessibilità in uscita. Dei tre modelli delineati nella prima parte del presente lavoro, dunque, il testo in gestazione non si muove neppure nella direzione della *flexibility* all'uscita dal rapporto che invece, insieme ad una restrizione all'uso delle tipologie contrattuali flessibili, avrebbe dovuto condurre ad una rinnovata centralità del contratto di lavoro subordinato standard e così alla riduzione di quel dualismo che costituisce uno dei problemi attuali del nostro mercato del lavoro.

Tuttavia, anche se la riforma avesse perseguito in modo lineare gli obiettivi che il Governo si era proposto, è proprio il modello regolativo prescelto che deve essere messo in discussione.

Puntare sulla flessibilità numerica della forza-lavoro — favorendo, tramite l'abbassamento delle tutele per il licenziamento e la conservazione di ampie possibilità di accesso all'area del lavoro temporaneo non solo il *turnover* del personale quanto una permanente variabilità quantitativa della forza lavoro occupata, come strumento di risposta alle fluttuazioni della domanda dei prodotti e servizi in conseguenza della turbolenza dei mercati — vuol dire disincentivare le imprese dall'investire sul personale, assecondando un modello di sviluppo conservativo, tutto giocato sul risparmio del costo del lavoro. Viceversa, è il modello di sviluppo espansivo, centrato su settori economici ad alto valore aggiunto, l'unico che può risultare vincente nello scenario globale. Rispetto a questa diversa prospettiva di sviluppo — come insegna la lezione tedesca (270) — molto più funzionali appaiono la flessibilità temporale e funzionale della forza-lavoro, che se, da una parte,

(270) Cfr. § 4.3. V. anche Ciccarone G., Saltari E., 2010.

permettono comunque all'impresa di fronteggiare le fluttuazioni della domanda, dall'altra incentivano gli investimenti sul capitale umano e favoriscono, senza pregiudicare la sicurezza dell'impiego, la produttività del lavoro (271).

Per realizzare questo diverso modello non sono necessarie modifiche all'attuale disciplina del rapporto di lavoro. È sufficiente, infatti, che le parti sociali utilizzino gli spazi regolativi già offerti dalla disciplina vigente.

Così, con specifico riferimento alle ipotesi di crisi dell'impresa, l'art. 4, l. n. 223/1991 già abilita gli accordi sindacali che possono essere raggiunti nell'ambito della procedura di consultazione ed esame congiunto ad intervenire, al fine di evitare o ridurre il numero dei licenziamenti, operando una flessibilizzazione interna della relazione contrattuale in essere (272). In particolare l'art. 4, c. 5, l. n. 223/1991, prevede che l'accordo collettivo possa incidere sull'orario di lavoro, introducendo contratti di solidarietà (artt. 1 e 2, l. n. 863/1994) o altre « forme flessibili di gestione del tempo di lavoro », fra le quali possono essere annoverate sia la trasformazione del rapporto da *full time* a *part-time* o l'adozione di altri contratti ad orario flessibile quali il *job sharing*. D'altra parte l'art. 4, c. 11, l. n. 223/1991, abilita il medesimo accordo a derogare all'art. 2103 c.c., consentendo l'assegnazione dei lavoratori a mansioni inferiori alle ultime effettivamente svolte (273).

(271) Cfr. Nogler L., 2012b. Con ulteriori positivi riflessi sul versante previdenziale v. Cinelli, 2006, 34 ss.

(272) Invece, qualora la disciplina in tema di licenziamenti collettivi non sia applicabile, il datore non può modificare unilateralmente le condizioni dello scambio ma — in applicazione dei generali principi in tema di contratti sinallagmatici — è necessario un apposito accordo individuale, peraltro da ritenere conforme all'art. 2113 c.c., in quanto volto a soddisfare il superiore interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto di lavoro (e del reddito).

Per la necessità dell'accordo per la trasformare il contratto di lavoro da *full-time* a *part-time* in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo v.: Cass. 6 luglio 2005, n. 14215 e Cass. 3 settembre 1991, n. 9344. Nega che rientri nel potere unilaterale del datore di lavoro modificare la collocazione temporale della prestazione del lavoratore in fase di esecuzione del contratto Ichino P., 2003, 369 s. Per la legittimità del c.d. patto di demansionamento volto a scongiurare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo cfr. Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375.

(273) Tali dovendosi ritenere non solo quelle rientranti nella stessa qualifica, ma anche quelle appartenenti a qualifica inferiore. Cfr. Cass. 7 settembre 2000, n. 11806 che ha ritenuto legittima l'assegnazione di impiegati alle mansioni di operaio.

Allo stesso modo nelle situazioni di fisiologica fluttuazione del mercato, la regolamentazione legislativa in materia di variazioni dell'orario di lavoro e — secondo la più recente evoluzione della giurisprudenza — delle mansioni consente al contratto collettivo di introdurre soluzioni calibrate sulle esigenze di flessibilità temporale e funzionale del contesto di riferimento.

Quanto all'orario (274), si pensi all'ampia delega da parte della legge al contratto collettivo, a qualunque livello, in materia di orario multiperiodale (art. 3, c. 2 d.lgs. n. 66/2003) figura principe di flessibilità temporale. Al riguardo, però, mentre i CCNL intervengono con frequenza, pur con soluzioni diverse (275), la contrattazione aziendale o territoriale, a sua volta delegata dal contratto nazionale, spesso non assolve al proprio compito, omettendo di attuare ed adattare la disciplina generale alla realtà specifica (276). Invece proprio una rimodulazione in tal senso dei tempi di lavoro potrebbe consentire, sfruttando tutti gli spazi aperti dalla contrattazione nazionale, un migliore adattamento dell'organizzazione del lavoro ai bisogni di un'elevata flessibilità produttiva.

Quanto alle mansioni, si ponga mente all'orientamento giurisprudenziale più recente che — nell'ottica « di adattabilità della garanzia dell'art. 2103 c.c. alle esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi » — riconosce la conformità all'art. 2103 c.c. delle clausole contrattuali collettive che prevedono la fungibilità fra man-

(274) Per una visione d'insieme in materia di orario v.: Cester C., Mattarolo M.G., Tremolada M., 2003; Napoli M., 2004a; Lecce V., 2004. Per un'ampia ricostruzione dell'istituto v., di recente, Ferrante V., 2008.

(275) Le regolamentazioni poste dai CCNL sono infatti più o meno restrittive. Alcuni contratti pongono un duplice limite, il primo di carattere temporale — un tetto massimo di settimane o una soglia massima di orario settimanale — e l'altro costituito dal riconoscimento di periodi di riposo compensativo (per es. CCNL Studi professionali del 9 luglio 2003) o dal riconoscimento di maggiorazioni retributive (per es. CCNL Legno e Arredamento Confindustria, del 29 maggio 2008; CCNL Alimentari, Confapi, del 6 maggio 2004); altri contratti, invece, prevedono in alternativa l'uno o l'altro limite (per es. CCNL Agricoltura, impiegati e quadri, del 27 maggio 2004); infine vi sono contratti che prevedono unicamente una maggiorazione retributiva (per es. CCNL Cemento, calce e gesso, Confindustria, del 5 marzo 2004).

(276) Cfr. per es.: CCNL Lapidei e escavatori del legno del 30 ottobre 2007; CCNL Legno e arredamento del 11 ottobre 2007.

sioni collocate nella stessa qualifica contrattuale « in ipotesi anche di diverso livello ». Dunque, il contratto collettivo può ampliare, se non superare, quella nozione di equivalenza che costituisce limite allo *ius variandi* del datore di lavoro e così incrementare la flessibilità funzionale della relazione di lavoro al fine di sopperire ad esigenze aziendali « in una necessaria prospettiva di temporaneità » (277). Anche sotto questo profilo, però, si registra un ritardo dei contratti collettivi sia nell'introdurre forme di flessibilità funzionale (278) sia, ancor prima, nell'aggiornare gli ormai obsoleti sistemi di inquadramento, che ne costituiscono lo sfondo operativo (279).

Senza la pretesa di esaurire in poche battute temi complessi, quello che si vuole dire è che già esiste nell'ordinamento una cornice regolativa che permetterebbe alle parti sociali di implementare un modello di disciplina del rapporto di lavoro centrato sulla flessibilità temporale e funzionale (280).

Per realizzarlo però servirebbe una forte fiducia fra gli attori e un modello di relazioni sindacali certo e meno conflittuale, incentrato su forme partecipative di tipo non solo distributivo. Va in questa direzione l'art. 68-*bis* d.d.l. 3249 che delega il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire, fra l'altro, l'« istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti dotati di competenze di controllo e partecipazione nella gestione di materie quali (...) l'organizzazione del lavoro ». Soprattutto occorrerebbe una maggiore propensione verso investimenti tecnologici miranti ad innalzare il livello qualitativo dei prodotti e servizi, nonché la professionalità degli addetti ai processi: l'analisi

(277) O anche « Per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica », così Cass., S.U., 24 novembre 2006, n. 25033. Per la successiva giurisprudenza conforme v. Brollo M., Vendramin M., 2012, 564; Casola M., 2009. Per una ampia panoramica delle problematiche connesse alla tutela della professionalità del lavoratore v. Carabelli U., 2001, 1 ss.

(278) V. CNEL, 2007.

(279) V. Brollo M., Vendramin M., 2012, 569; Gargiulo U., 2008, 412.

(280) Si ricorda inoltre che l'AI 28 giugno 2011 nella clausola 7, in attesa che i contratti collettivi nazionali definiscano gli spazi di intervento alla contrattazione aziendale, consente a quest'ultimo « al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa », di prevedere discipline modificative « con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro ».

economica ha ormai dimostrato come stabilizzazione e fidelizzazione del personale siano in grado di esaltare l'equilibrio organizzativo delle imprese e, di conseguenza, il loro successo competitivo nei mercati internazionali.

Riferimenti bibliografici

- ALES E. (2001), *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. lav.*, I, 111 ss.
- ALES E. (2012), *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in *Rass. sind.*, n. 11, 3 ss.
- ALLEVA G. (2012), *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita ed interventi indispensabili*, disponibile al sito www.bollettinoadapt.it/acm-on-line/Home/.../documento17300.html.
- AMOROSO B. (2010), *Luci ed ombre del modello sociale danese*, in *Dir. lav. merc.*, 227 ss.
- ANDERSEN T.M. (2011), *A Flexicurity Labour Market in the Great Recession: The Case of Denmark*, in *Discussion Paper Series IZA DP n. 5710*, disponibile al sito <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2011/07/A-Flexicurity-Labour-Market.pdf>.
- ANDERSEN T.M., SVARER M. (2007), *Flexicurity-Labour Market Performance in Denmark*, in *CEsifo Economic Studies*, Vol. 53, 3/2007, 389 ss., disponibile al sito <http://cesifo.oxfordjournals.org/content/53/3/389.abstract>.
- ATKINS R. (2012), *Germany: The miraculous machine*, in *Financial Times*, April, 19th.
- BALLESTRERO M.V. (1975), *I licenziamenti*, Milano, Franco Angeli.
- BALLESTRERO M.V. (1987), *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 41 ss.
- BALLESTRERO M.V. (1991), *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, I, 97 ss.
- BALLESTRERO M.V. (2007a), *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *Working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. *INT*, n. 55, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm.
- BALLESTRERO M.V. (2007b), *Il valore e il costo della stabilità*, in BALLESTRERO M.V. (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, Giappichelli, 3 ss.
- BALLESTRERO M.V. (2008), *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 371 ss.
- BANCA D'ITALIA (2009), *Questioni di Economia e Finanza. La giustizia civile in Italia: i divari territoriali*, a cura di Carmignani A., Giacomelli S., disponibile al sito www.bancaditalia.it/pubblicazioni.
- BARBERA M. (1991), *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

- BARBERA M. *et alii* (2008), *Contributo di un gruppo di esperti italiani alla consultazione pubblica (marzo 2007). I giuslavoristi e il Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo. Una valutazione critica e propositiva*, in ZOPPOLI L., DELFINO M. (a cura di), *Flexicurity e tutela. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Roma, Ediesse, 213 ss.
- BARBIERI F. (2012), *Servizi per l'impiego, Italia fanalino di coda*, in *Il Sole 24 ore*, 16 aprile 2012.
- BASSI G. (2012), *Al Tribunale di Milano processi a tempo di record*, in *Corriere della Sera*, 22 febbraio 2012, 26, disponibile al sito http://rassegna.camera.it/chiosco_news/pagweb/getPDFarticolo.asp?currentArticle=1B3G0I.
- BELLOCCHI P., LUNARDON F., SPEZIALE V. (2004), (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, Ipsoa.
- BERTON F., DEVICIENTI F., PACELLI L. (2009), *Are temporary jobs a port of entry into permanent employment? Evidence from matched employer-employee data*, in *Working paper*, n. 6, Department of Economics and public finance "G. Prato", Università degli Studi di Torino, disponibile al sito <http://web.econ.unito.it/prato/papers/n6.pdf>.
- BIANCA M. (1984), *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè.
- BIANCA M. (1994), *La responsabilità*, 4, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè.
- BLANCHARD O., TIROLE J. (2004), *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 161 ss.
- BOLEGO G. (2011), in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, ESI, 679 ss.
- BORTONE R. (1990), voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, 16 ss.
- BORZAGA M., BOLEGO G. (2005), *La legge tedesca per la protezione contro i licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 95 ss.
- BROLLO M., MATTAROLO M., MENGHINI L. (2004), (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, Ipsoa.
- BROLLO M., VENDRAMIN M. (2012), *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e Jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in MARTONE M., *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, I, in PERSIANI M., CARINCI F., (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro IV*, Padova, Cedam, 513 ss.
- BRONZINI G. (2011), *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in CARUSO B., MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. Collective Volumes, n. 1, 26 ss. disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_sp.htm.
- BRUN N. (2006), *Protection against unjustified dismissal (Article 30)*, in BERCUSSON B., *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden Baden, Nomos, 337 ss.

- BRUN N., LÖRCHER K. (2011), *Social innovation: the new ECHR jurisprudence and its impact on fundamental social rights in labour law*, in SCHÖMANN I., *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute*, Brussels, European Trade Union Institute (ETUI), 353 ss.
- BURDA M.C., HUNT J. (2011), *What Explains the German Labor Market Miracle in the Great Recession?*, in *IZA DP*, n. 5800, disponibile al sito <http://ftp.iza.org/dp5800.pdf>.
- CAHUC P., KRAMARZ F. (2005), *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, in *Paris: La Documentation française* disponibile al sito <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000092/0000.pdf>.
- CALCATERRA L. (2008), *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. INT., n. 58, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm.
- CARABELLI U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1 ss.
- CARABELLI U. (2008), *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 147 ss.
- CARABELLI U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci.
- CARABELLI U. (2012), *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in AA.Vv., *Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*. Studi in onore di Tiziano Treu, Napoli, Jovene, III, 1411 ss.
- CARINCI F. (2012a), *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. IT, n. 138 disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm e in *Riv. it. dir. lav.*, I, 3 ss.
- CARINCI F. (2012B), *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>.
- CARINCI M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Padova, Cedam.
- CARINCI M.T. (2011), *Clauseole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. IT, n. 114, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm.
- CARINCI M.T., CESTER C. (2004), (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Milano, Ipsoa.

- CARUSO B. (2010), *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".INT*, n. 81, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm.
- CARUSO B. (2011), *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in CARUSO B., MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona". Collective volumes*, n. 1, 13 ss., disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_sp.htm.
- CARUSO B. (2012), *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_sp.htm.
- CARUSO B., MILITELLO M. (2009), *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 147 ss.
- CASOLA M. (2009), *Mansioni e trasferimenti nell'impiego pubblico e privato attraverso gli oneri della prova*. Relazione alla Scuola di formazione continua dell'Ordine degli avvocati di S.Maria C.V., dattiloscritto.
- CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003), (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Milano, Giuffrè.
- CICCARONE G., SALTARI E. (2010), *La Germania è lontana*, in *Nel merito*, disponibile al sito http://www.nelmerito.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1254&Itemid=67.
- CINELLI M. (2006), *Riforma del mercato del lavoro e welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 17 ss.
- CNEL (2007), *Lineamenti della contrattazione aziendale nel periodo 1998-2006*, disponibile al sito http://www.cnel.it/application/xmanager/projects/cnel/attachments/rapporticnel/files/000/000/003/Contrattazione_aziendale_1998_2006.pdf.
- CNEL (2011), *Rapporto sul mercato del lavoro 2010-2011*, a cura di Dell'Aringa C., in www.cnel.it.
- CORAZZA L. (2007), *Il licenziamento discriminatorio*, in MISCIONE M. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, II, 400 ss.
- CORTI M. (2005), *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 365 ss.
- CORTI M. (2008), *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 249 ss.
- CURZIO P. (2006), (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci.
- D'ATTOMA I., TASSINARI G. (2011), *Il lavoro a tempo determinato in Europa: alcune evidenze statistiche*, disponibile al sito <http://amsacta.cib.unibo.it/3064/>.
- DÄUBLER W. (1981), *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, ed. italiana accresciuta a cura di Pedrazzoli M., Milano, Franco Angeli.

- DÄUBLER W. (1985), *Una riforma del diritto del lavoro tedesco*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 528 ss.
- DE LUCA M. (2009), *Diritto delle prove a processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Lav. giur.*, 10, 977 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (2003), *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 9, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.
- DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (2004), (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Napoli, Editoriale scientifica.
- DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PSSARELLI G. (2007), (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (« Riforma Biagi »)*, Padova, Cedam.
- DE SALVIA A. (2008), *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *Arg. dir. lav.*, 792 ss.
- DEAKIN S., WILKINSON F. (1999), *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 587 ss.
- DEL PUNTA R. (1998), *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Dir. priv.*, 403 ss.
- DEL PUNTA R. (2001), *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 3 ss.
- DELFINO M. (2009), *Diritti sociali e flexicurity*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 29 ss.
- DI MAJO A. (1988), voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI.
- FERRANTE V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli.
- FERRARO G. (1990), (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, ESI.
- FERRARO G. (2007), *Prospettive di attuazione del Libro Verde della Commissione Europea: il caso italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 1013 ss.
- FERRARO G. (2012), *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 143, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.
- FERRI G.B. (1966), *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè.
- FRENI G., GIUGNI G. (1971), *Lo statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè.
- GAETA L. (1985), (a cura di), *La nuova legge della R.F.T. per la promozione dell'occupazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 131 ss.
- GALANTINO L. (1993), (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. Commentario alle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, Giappichelli.
- GALGANO F. (1981), *Diritto privato*, Padova, Cedam.
- GARGIULO U. (2008), *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli, Rubettino.
- GAROFALO M.G. (2007), *Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro"*, in *Riv. giur. lav.*, I, 135 ss.
- GHERA E. (1975), *Commento agli artt. 15 e 16*, in PROSPERETTI U., (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 400 ss.
- GHERA E. (2007), *Alcune osservazioni sul Libro Verde*, in *Dir. rel. ind.*, 1006 ss.

- GHEZZI G. (1972), *Commento agli artt. 15 e 16*, in GHEZZI G., MANCINI G. F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 204 ss.
- GHEZZI G. (2004), (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, Ediesse.
- GIUBBONI S. (2004), *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *URGE Working Paper n. 5*, disponibile al sito http://www.urge.it/files/papers/2_wp_5_2004.pdf.
- GIUBBONI S., BORELLI S. (2012), *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in MARAZZA M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, II, in PERSIANI M., CARINCI F., (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro* Padova, Cedam, 1820 ss.
- GOÑI SEIN J.L. (2010), *El régimen causal de los despidos económicos y del “despido exprés” tras la Ley 35/2010, de reforma laboral*, in *Relaciones laborales*, n. 27, 11 ss.
- GORELLI HERNÁNDEZ J. (2010a), *La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario: ¿necesidad jurídica?*, in *Revista de derecho social*, n. 50, 41 ss.
- GORELLI HERNÁNDEZ J. (2010b), *El coste económico del despido o el precio del la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*. Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, disponibile al sito www.juntadeandalucia.es.
- GOTTARDI D. (2007), *La flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, in *Dir. lav. merc.*, 477 ss.
- GRAGNOLI E. (2001), *“Conversione” del recesso per giusta causa in uno per giustificato motivo*, in *Arg. dir. lav.*, I, 813 ss.
- GRAGNOLI E., PERULLI A. (2004), (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, Cedam.
- GRANDI M. (2007), *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo*, in *Dir. rel. ind.*, 1022 ss.
- HASSELBALCH O. (2010), *Labour Law in Denmark*, Kluwer Law International, The Netherlands.
- HENDRICKX F. (2007), *Flexicurity and the EU Approach to the Law on Dismissal*, in *Tilburg Law Review*, vol. 14, n. 1 & 2, 90 ss.
- HENDRICKX F. (2011), *European Labour Law after the Lisbon Treaty: (Re-visited) Assessment of Fundamental Social Rights*, in BANPLAIN R., HENDRICKX F. (a cura di), *Labour Law between change and tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 78, 75 ss.
- HEERMA VAN VOSS G. (2011), *Common ground in European dismissal Law*, Keynote Paper, 4th Annual Legal Seminar European Labour Law Network, 24-25 November, *Protection against Dismissal in Europe-Basic Features and Current Trends*, disponibile al sito www.labourlawnetwork.eu.
- ICHINO P. (1996), *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, Mondadori.
- ICHINO P. (2003), *Il contratto di lavoro. Soggetti e oggetto del contratto - Sicurezza del lavoro - Retribuzione - Qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa*, II, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., (già diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè.

- ICHINO P. (2012), *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto de Lavoro “Domenico Napoletano” - Pescara, 11 maggio 2012, disponibile al sito <http://www.pietroichino.it/?p=21020>.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND, INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2010), *The Challenges of Growth, Employment and Social Cohesion, Joint ILO-IMF conference in cooperation with the office of the Prime Minister of Norway*, (discussion document), in <http://www.osloconference2010.org/discussionpaper.pdf>.
- Istat (2003), *Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2002*, in <http://www3.istat.it/dati/catalogo/rapporto2002/volume/rapportoannuale.pdf>.
- Istat (2009), *Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2008*, in http://www3.istat.it/dati/catalogo/20090526_00/.
- Istat (2011a), *Rapporto annuale. La situazione del Paese nel 2010*, in http://www3.istat.it/salastampa/comunicati/non_calendario/20110523_00/.
- Istat (2011b), *La dinamica della produttività*, in http://www3.istat.it/dati/catalogo/20110523_00/grafici/1_3.html.
- Istat (2012), *Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo*, Roma, in http://www3.istat.it/dati/catalogo/20120215_00/Noi_Italia_2012.pdf.
- IZZI D., ROCCELLA M. (2010), *Diritto comunitario e diritto del lavoro*, in PERSIANI M., (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in PERSIANI M., CARINCI F., (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, I, Padova, Cedam, 271 ss.
- JACOBS A. (2003), *Diverse prospettive sulla tutela contro i licenziamenti*, in *Dir. rel. ind.*, 638 ss.
- JACOBS A. (2011), *Labour and the law in Europe. A satellite view on labour law and social security law in Europe*, The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- KRUGMAN P.R. (2009), *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, Garzanti.
- LAHERA FORTEZA J. (2009), *Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero del 2008, recurso 1689/2007)*, in *Relaciones Laborales*, 2, 45 ss.
- LAMBERTUCCI P., MARESCA A. (2012), *Conclusione del contratto di lavoro*, in MARTONE M., (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, I, in PERSIANI M., CARINCI F., (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro* Padova, Cedam, 147 ss.
- LASSANDARI A. (2007), *Il licenziamento discriminatorio*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 151 ss.
- LECCESE V. (2004), (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, Milano, Ipsoa.
- LEONARDI S. (2007), *Sul Libro Verde “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”*, in *Riv. giur. lav.*, I, 145 ss.
- LIEBMAN S. (2010), *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 571 ss.

- LISO F. (1989), *La legislazione nazionale in tema di parità e prospettive di riforma*, in DE CRISTOFARO M.L., (a cura di), *Lavoro femminile e pari opportunità*, Bari, Cacucci, 66 ss.
- LISO F. (2012), *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>.
- MADSEN P.K. (2007), *Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe*, in *Tilburg Law Review*, n. 1&2, 57 ss.
- MAGNANI M. (2012), *La riforma del mercato del lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>.
- MAGNANI M., VARESI P.A. (2005), (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, Giappichelli.
- MAGRINI S. (2012), *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>.
- MARAZZA M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, Cedam.
- MARESCA A. (2012a), *La scommessa di un mercato del lavoro meno duale*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, n. 87, disponibile al sito <http://www.nuovi-lavori.it/newsletter/article.asp?qid=1019&sid=97>.
- MARESCA A. (2012b), *Il nuovo regime del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli Milano, in corso di pubblicazione.
- MARINELLI F. (2012), *Il paradosso del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 221 ss.
- MARTELLONI F., PASQUIER T. (2006), *I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 779 ss.
- MAZZIOTTI F. (1991), *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, Utet.
- MAZZOTTA O. (1999), (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- MENGGONI L. (1965), *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in BOLDT G. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo: Servizi pubblicazioni delle Comunità europee.
- MONTUSCHI L. (1981), *Commento agli artt. 15 e 16*, in GHEZZI G., MANCINI F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro italiano, 20 ss.
- MUTARELLI M.M. (2007), *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".INT*, n. 54, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm.

- NAPOLI M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli.
- NAPOLI M. (2002), *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 26, 9 ss.
- NAPOLI M. (2004a), (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria (d.leg. 8 aprile 2003, n. 66)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1231 ss.
- NAPOLI M. (2004b), *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 581 ss.
- NICCOLAI A., AMORIELLO L. (2009a), Sub *Art. 18 Stat. Lav.*, in GRANDI M., PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 754 ss.
- NICCOLAI A., AMORIELLO L. (2009b), Sub *Art. 8 l. n. 604/1966*, in GRANDI M., PERA G. (a cura di), *Commentario breve alle Leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 917 ss.
- NOGLER L. (2008), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Venezia 25-26 maggio 2007*, Milano, Giuffrè, 5 ss.
- NOGLER L. (2012a), *Ripensare il diritto di sciopero*, in *Gior. dir. lav. rel. Ind.*, in corso di pubblicazione.
- NOGLER L. (2012b), *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, in corso di pubblicazione.
- OCCHINO A. (2011), *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 95 ss.
- OCSE (2001), *Employment Outlook 2001, L'Italia a confronto con altri Paesi, Sintesi*, in www.oecd.it.
- ORLANDINI G. (2008), *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 237 ss.
- ORLANDINI G. (2012), *Il licenziamento nell'Unione Europea*, dattiloscritto del Convegno nazionale "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro". Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.
- PAPALEONI M. (2012), *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del Lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in *I working papers Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona": Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-3206.aspx>.
- PEDRAZZOLI M. (1977), *La "cogestione" tedesca: esperienze e problemi*, in *Politica del diritto*, n. 3, 261 ss.
- PEDRAZZOLI M. (1981), *Codeterminazione nell'impresa e costituzione economica nella Repubblica federale tedesca*, in *Il foro italiano - estratto*, 6 ss.
- PEDRAZZOLI M. (1984), *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 506 ss.
- PEDRAZZOLI M. (2004a), (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli.
- PEDRAZZOLI M. (2004b), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del d.lgs. 276/03*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 13, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.

- PEDRAZZOLI M. (2005), *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del "lavoro occasionale"*, in *Riv. giur. lav.*, I, 227 ss.
- PÉLISSIER J., AUZERO G., DOCKÈS E. (2010), *Droit du travail*, Paris, Dalloz.
- PERA G. (1967), *La legislazione italiana sul licenziamento "individuale"*, in *Riv. dir. int. e comp. lav.*, 141 ss.
- PERA G. (1969), *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, in Atti Aidlass, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa. Atti delle giornate di studio di Firenze 27-28 aprile 1968*, Milano, Giuffrè, 11 ss.
- PERSIANI M. (1971), *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO L. MAZZONI G., (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, II, Padova, Cedam, 593 ss.
- PERSIANI M. (1998), *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, I, 203 ss.
- PERULLI A. (2004), *Lavoro a progetto fra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 87 ss.
- PERULLI A. (2007), *Il Libro Verde UE sul diritto del lavoro, un'occasione mancata?*, in *Arannewsletter*, n. 1, 21 ss.
- PERULLI A., SPEZIALE V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 132, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm.
- PESSI R. (1994), *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 413 ss.
- PROIA G. (1997), *Rapporto di lavoro e tipo*, Milano, Giuffrè.
- PROTO PISANI A. (2006), *La prova del requisito "dimensionale" ex art. 18 l. 300/1970: un "grand arrêt" delle sezioni unite*, in *Foro it.*, I, 710 ss.
- RAZZOLINI O. (2011), *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 631 ss.
- RICCOBONO A. (2011), *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in Loy G., (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Roma, Ediesse, 169 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M. (2009), *Sobre el contrato de trabajo "único"*, in *Relaciones laborales*, 10, 1 ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M. (2010), *La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo*, in *Relaciones laborales*, 21-22, 10 ss.
- ROMAGNOLI U. (2012), *Articolo 18. La marmellata dei diritti*, in *Il Manifesto*, 22 marzo 2012.
- RUSCIANO M. (2012), *Intervento al Convegno "La riforma del mercato del lavoro"*, tenutosi il 13 aprile 2012 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.
- SANTORO PASSARELLI F. (1966), *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, ristampa del 1985.
- SANTORO PASSARELLI G. (2005), *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 95 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2009), *Diritto dei lavori*, Torino, Giappichelli.

- SCHULD C. (2008), *La flexicurity in Germania. L'evoluzione dei rapporti di lavoro tipici e atipici*, in ZOPPOLI L., DELFINO M., *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Roma, Ediesse, 77 ss.
- SCIARRA S. (2008), *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. dir.*, 245 ss.
- SCOGNAMIGLIO R. (1962), voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, 163 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L. (1961), *Studi sul diritto tedesco del lavoro. Consiglio aziendale- Licenziamento-Collaborazione*, Milano, Giuffrè.
- SPEZIALE V. (2007), *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 51, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.
- SPEZIALE V. (2012), *Il licenziamento individuale tra diritto ed economia*. Intervento dattiloscritto del Convegno nazionale "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro". Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio.
- SUPPIEJ G. (1982), *Il rapporto di lavoro. Costituzione e svolgimento*, Padova, Cedam.
- TAINO D. (2012), *Flexicurity, il segreto danese*, in *Corriere della Sera* del 14 gennaio.
- TARUFFO M. (1992), *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 733 ss.
- TOSI P. (2006), *L'indennità "in sostituzione della reintegrazione" tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 418 ss.
- TREU T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, Franco Angeli.
- TREU T. (1991), *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 108 ss.
- TRIMARCHI P. (1986), *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè.
- TULLINI P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli.
- TULLINI P. (1994), *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè.
- VALDÉS DAL-RÉ F. (2011), *Il dibattito sulla flessicurezza all'interno dell'Unione Europea*, in LOY G., (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Roma, Ediesse, 29 ss.
- VALLEBONA A. (1988), *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam.
- VALLEBONA A. (2005), *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam.
- VOGLER-LUDWIG K. (2006), *Flexicurity in Germany*, European Employment Observatory-Discussion Paper-, Munich Novembre 2006, disponibile al sito <http://www.economia.org/Flexicurity%20in%20Germany.pdf>.
- ZOLI C. (1988), *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè.
- ZOLI C. (2004), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 359 ss.
- ZOLI C. (2008), *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 31 ss.
- ZOPPOLI A. (2007), *La soggettività economico-professionale del lavoratore nelle politiche di flexicurity*, in *Dir. lav. merc.*, 535 ss.

- ZOPPOLI L. (2011), *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali europei*, in CARUSO B., MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*. Collective Volumes, n. 1, 70 ss. disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_sp.htm.
- ZOPPOLI L. (2012), *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *I working papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT*, n. 141, disponibile al sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/research/wp/wp_it_en.htm.
- ZOPPOLI L., DELFINO M. (2008), (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Roma, Ediesse.

DISCUSSANT

MARIA VITTORIA BALLESTRERO

1. La relazione presentata da Maria Teresa Carinci, molto apprezzabile per complessità della struttura e approfondimento dei temi affrontati, fornisce una stimolante lettura critica del d.d.l. S-3249 (nel testo disponibile, ma non ancora definitivo), ricca di proposte interpretative sulle quali già in questa sede avremo ampia possibilità di discutere. Ovviamente si possono non condividere alcune delle soluzioni proposte (e per svolgere il mio compito di *discussant* ne metterò appunto in discussione alcune); resta tuttavia da sottolineare l'importanza che, in questa fase, riveste l'apporto degli studiosi alla lettura critica del d.d.l., al fine di orientarne l'interpretazione in una direzione consapevole del necessario bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti imposto dal rispetto dei principi della nostra Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Per restare entro i limiti di tempo previsti, limiterò il mio intervento ad una sintetica riflessione sulla riforma della disciplina dei licenziamenti (che rappresenta il tema preponderante della relazione di Maria Teresa), alla quale premetterò alcune considerazioni di ordine più generale.

Il d.d.l. ha un titolo impegnativo, ma, come altri ha rilevato, non può essere definito una riforma "storica": ancora una volta si interviene in modo alluvionale, qua cancellando e là rattoppando, senza metter mano alla riorganizzazione di un diritto del lavoro tanto stratificato da essere ormai decifrabile (a stento) solo dagli addetti ai lavori, e che richiederebbe invece semplificazione e razionalizzazione. Non credo che tutto si possa ridurre alla riscrittura del libro quinto del codice civile in un pugno di disposizioni, ma il riordinamento della disciplina degli istituti fondamentali sa-

rebbe fattibile, sempre che si condividesse l'idea che il diritto del lavoro è diritto statale e generale.

Non dubito che questa sia anche l'opinione del nostro attuale Governo: l'intero disegno di legge appare caratterizzato da una spiccata centralizzazione o rilegificazione; tuttavia la rilegificazione avrebbe dovuto portare il legislatore a spendere qualche parola sull'art. 8 l. n. 148/2011. Vero che dopo gli emendamenti apportati dal Senato sono aumentati i rinvii alla contrattazione collettiva, con opportune specificazioni sui livelli e sulla rappresentatività dei soggetti stipulanti, e con non meno opportune precisazioni sulla competenza "delegata" della contrattazione aziendale; ma la forza contundente dell'art. 8 resta, tenuto conto dell'ampiezza delle materie sulle quali può esercitarsi la deroga in sede aziendale, molte delle quali non coperte dalla specifica disciplina legislativa successiva. E invece il legislatore tace. Al silenzio sull'art. 8 l. n. 148/2011 si accompagna il silenzio sull'art. 19 st. lav., con il risultato di lasciare impregiudicata una situazione di instabilità delle discipline legali generali, esposte al grave rischio del particolarismo, vale a dire al rischio di una riscrittura del diritto del lavoro a dimensione "aziendale", in più gestita senza garanzie di tutela della rappresentatività di chi quelle regole consente di riscrivere.

2. La riforma del mercato del lavoro targata Monti-Fornero sta per entrare in vigore. Il Governo tecnico ha provveduto con relativa celerità a fare quanto ci ha chiesto l'Europa: è vero infatti che la riforma ci è stata chiesta dalle istituzioni europee (BCE e Commissione), e in termini che riecheggiano le formulazioni della *flexicurity* contenute nel *Libro Verde* della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006. Questo è un fatto. Ma anziché ripetere il logoro ritornello "ce l'ha chiesta l'Europa", sarebbe bene porsi la domanda se l'Europa (e poi quale Europa?) possa ancora pretendere quella *flexicurity*.

La mia risposta, che non ho qui il tempo di argomentare, è negativa. Mi limito dunque ad affermare che se si attenessero all'Agenda Europa 2020, le istituzioni europee non potrebbero pretendere una riduzione dei livelli di protezione dei lavoratori che appare in contrasto con il modello sociale prefigurato dai Trattati. Ma, come è noto, la "modernizzazione" del mercato del lavoro pretesa dalle istituzioni europee nel quadro dell'austerità inflitta

all'Italia (ma anche alla Spagna, per tacere del massacro sociale imposto alla Grecia) hanno molto a che fare con la flessibilità e ben poco con quella sicurezza nel mercato, che dovrebbe fare da contrappeso alla flessibilità in entrata ed anche in uscita. La sicurezza nel mercato, per essere garantita, richiede infatti un impiego massiccio di risorse. Nel modello più accreditato di *flexicurity* (il triangolo d'oro danese) la flessibilità deve combinarsi: con un sistema di sicurezza sociale generoso; con una politica realmente attiva del lavoro, sia sul versante della formazione (anche obbligatoria), sia sul versante dell'accompagnamento personalizzato dei lavoratori nella transizione da un lavoro all'altro. Se anche le risorse ci fossero (e non ci sono), il vincolo del pareggio di bilancio (ormai scritto in Costituzione) imporrebbe attualmente di non spendere in quella direzione. Con buona pace del modello sociale europeo, che pare oggi diversamente coniugato in ragione dell'entità del debito sovrano, del deficit di bilancio, e peggio ancora dello *spread* con i *Bund* tedeschi, e dunque della valutazione dell'affidabilità dello Stato da parte dei mercati, cioè degli investitori.

3. Alle richieste dell'Europa il Governo ha risposto non con una riforma del mercato del lavoro, ma con la riforma di alcune delle regole di funzionamento del mercato del lavoro, agendo dunque essenzialmente sul versante della legislazione del lavoro, nel segno di una *flexicurity* vecchia maniera. È chiaro a tutti, e certamente al Governo, che la legislazione del lavoro, di per sé, non può « contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione » (come recita invece l'art. 1, c. 1, d.d.l.): la realizzazione di questi obiettivi dipende da altro, e in particolare dalle politiche industriali e dello sviluppo che il Governo sarà in grado di mettere in campo.

Se non si può chiedere alla legislazione del lavoro quello che non può dare, le si potrebbe chiedere però di svolgere una funzione di riequilibrio del mercato, spostando l'ago della bilancia nella direzione indicata dal valore costituzionale di protezione del lavoro, e dunque dalla parte dei soggetti deboli. E invece le nuove regole, in linea di relativa continuità con la legislazione degli anni 2000, si collocano (almeno per la parte relativa ai rapporti di lavoro, la sola di cui mi occupo in questa sede) a valle di quello che

il mercato ha già prodotto, non senza il contributo di una legislazione che ha messo a disposizione della domanda di lavoro la possibilità (come scrive la relatrice) di fare “shopping” contrattuale. Il mercato ha prodotto la frammentazione del lavoro e, di conseguenza, lo stridente dualismo (che nasce appunto dalla frammentazione del lavoro (che a sua volta produce lavoro precario non protetto) fra chi gode di protezione e chi ne è privo.

Nell’art. 1 del d.d.l. (dedicato all’enunciazione delle finalità della riforma), la realizzazione di un « mercato del lavoro inclusivo e dinamico », è affidata alla redistribuzione delle tutele dell’impiego. La *flexicurity* pare allora intesa non tanto come bilanciamento tra flessibilità nei rapporti di lavoro e sicurezza nel mercato, quanto piuttosto come bilanciamento tra due flessibilità (o meglio come compensazione della riduzione della frammentazione in entrata con l’affievolimento dei vincoli in uscita). Non che il d.d.l. taccia sul versante della *security* nel mercato (politiche attive e universalizzazione della protezione sociale, nonché misure a favore del lavoro delle donne e degli anziani): se ne parlerà nella prossima sessione e in quella sede saranno certamente formulati giudizi approfonditi. Però la mia impressione è che su questo piano non solo la strada da fare sia ancora lunga, ma richieda anche alcune rilevanti correzioni di rotta: le scelte in materia di CIG e mobilità, ad esempio, meriterebbero di essere rimate.

Fermandosi alla considerazione della disciplina dei rapporti di lavoro, la redistribuzione delle tutele proposta dal d.d.l. è un bilanciamento che opera essenzialmente su due versanti.

Da un lato il bilanciamento opera mediante il contrasto alla “flessibilità cattiva” (ovvero « l’uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell’ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali »), ma preservando la flessibilità in entrata considerata “buona” (contratto a termine, somministrazione, lavoro a progetto, e non solo, perché anche forme iperflessibili come il lavoro intermittente e il lavoro accessorio restano ferme, sia pure con qualche significativo ritocco).

D’altro lato il bilanciamento opera « adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento ». Insomma, il legislatore accetta l’ipotesi (o il preconcetto) che il dualismo (definito da Pietro Ichino “l’apartheid fra protetti e non protetti”) si combatta facilitando l’uscita dei lavoratori stabili, mediante una forte riduzione del di-

ritto alla reintegrazione, sostituito dal risarcimento forfetario. L'idea è che la flessibilità in uscita dei protetti renda più fluido e dinamico il mercato del lavoro, contribuendo così alla redistribuzione, a vantaggio degli *outsiders*, delle opportunità di accesso al lavoro protetto (ma ora meno protetto per tutti).

4. Una prima valutazione (di necessità per ora approssimata) sugli esiti del bilanciamento tra le due flessibilità (in entrata e in uscita) richiederebbe di entrare nel merito della parte del d.d.l. dedicata alla flessibilità in entrata. Un testo definitivo non è ancora disponibile, ma gli emendamenti apportati in Senato hanno già prodotto qualche alterazione degli equilibri cui era pervenuto il Governo, allargando le maglie, non certo strette, della flessibilità in entrata.

Volendo attenermi alla sola discussione dei temi trattati nella relazione di Maria Teresa Carinci, ometto la trattazione di questo capitolo del d.d.l., pure decisivo per valutarne l'impatto sull'attuale assetto del diritto dei rapporti di lavoro, limitandomi solo a qualche rapida considerazione.

Certamente è importante la valorizzazione dell'apprendistato, ispirata dalla fiducia che l'apprendistato possa diventare la via maestra di ingresso al lavoro dei giovani, e perciò incentivato anche con dispendio non indifferente di risorse. La scelta è giusta, perché l'occupazione dei giovani è il problema dei problemi; ma non può considerarsi risolutiva, perché non si può dimenticare che al termine dell'apprendistato il lavoratore, licenziabile *ad nutum*, non ha alcuna garanzia di stabilizzazione.

Certamente non sono di poco conto le nuove regole in materia di collaborazione a progetto, nonché sulla disciplina delle partite IVA, che tuttavia è stata edulcorata dagli emendamenti approvati in Commissione, e presenta più di una oscurità (penso specialmente alla questione delle presunzioni).

Molto ci sarebbe invece da discutere sulla previsione di un contratto a termine e di una somministrazione "a-causale" della durata di ben 12 mesi (nel testo emendato in Commissione), che finisce per somigliare da vicino alla "prova lunga" del contratto a tempo indeterminato previsto per i giovani assunti da imprese con meno di 50 dipendenti dalla recente riforma spagnola (*Real Decreto Ley 3/2012*, a sua volta molto simile al *contrat nouvelle embauche*, bocciato anni fa dalla Cassazione francese. Per tacere delle al-

tre forme di lavoro flessibile e iperflessibile, che restano largamente disponibili.

L'impressione è che l'insieme delle nuove regole non riesca a modificare sostanzialmente il quadro della segmentazione del mercato del lavoro: almeno allo stato (e salvo ulteriori allargamenti, alcuni dei quali già approvati in Commissione) resta molto ampia la possibilità per le imprese di fare ricorso lavoro precario. Lo squilibrio tra assunzioni con contratto a tempo indeterminato e assunzioni con contratti non standard potrebbe restare al preoccupante livello attuale.

Insomma, mi pare che sia stato in buona misura mancato l'obiettivo di fare del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato il *contratto dominante* (non unico: l'ipotesi è stata messa da parte, a mio giudizio saggiamente), come enunciato nell'art. 1 del d.d.l. Non perché si lascia aperto lo spazio alla flessibilità in entrata (su questo il consenso è generale), ma perché, se l'obiettivo è incentivare l'assunzione a tempo indeterminato, il controllo sulla flessibilità non si può limitare alla sola repressione, pure indispensabile, degli abusi (o usi distorti). Se davvero si vuole che il contratto a tempo indeterminato sia il contratto dominante, occorre affondare le forbici nella flessibilità in entrata, lasciando in vita (e regolando in modo stringente) le sole forme contrattuali sorrette da ragioni funzionali, capaci di offrire ai lavoratori opportunità di un lavoro decente, ancorché precario, senza esporli al rischio di rimanere ghettizzati in una precarietà senza uscita.

Se invece la segmentazione del mercato resta più o meno invariata, neppure il dualismo può ridursi: fino a quando resta aperta un'ampia possibilità di mantenere *out* gli *outsiders*, disponendo di varie forme di impiego flessibile e iperflessibile a durata determinata, rendere più agevole e meno costoso il licenziamento degli *insiders* non è sufficiente a rendere attraente il contratto a tempo indeterminato. Specie dove la competitività si gioca (come in una parte rilevante del nostro tessuto produttivo) non sull'innovazione e la ricerca, ma sulla riduzione del costo del lavoro (e dunque dell'abbassamento complessivo delle tutele), il lavoro precario resta sempre più conveniente per le imprese. L'agevolazione dei licenziamenti non compensa la libertà da vincoli in uscita che caratterizza il lavoro precario, garantendo alle imprese una flessibilità a tutto campo.

5. Seguendo la traccia della relazione che sono stata chiamata a discutere abbandono questo capitolo, per concentrarmi invece sulla flessibilità in uscita.

Quella dedicata al “rimaneggiamento” della disciplina dei licenziamenti (individuali, ma anche collettivi) è probabilmente la parte più importante del d.d.l.: non solo perché aver messo le mani sull’art. 18 dello Statuto ha un alto valore simbolico, ma soprattutto perché ridurre fortemente il diritto alla reintegrazione significa privare i lavoratori di una tutela, che si può definire “eccessiva” solo guardando ad essa dal punto di vista dei datori di lavoro.

Ammetto senza difficoltà che l’enfasi che circonda il *totem* della reintegrazione è talora sopra le righe, e che l’attuale disciplina meritava un accurato restauro; ma non si può dire che la reintegrazione è “fuori dall’Europa”, solo perché in genere negli Stati membri è prevista solo in alcuni casi (licenziamento nullo), e in genere è alternativa al risarcimento. Il diritto dell’UE rimanda alla competenza degli Stati la determinazione della sanzione adeguata per i licenziamenti illegittimi, e d’altra parte la Corte costituzionale ha detto che la scelta per la reintegrazione o il risarcimento è una scelta discrezionale del legislatore, senza con questo dire che la seconda debba essere preferita alla prima.

Rinviando alla copiosa letteratura in proposito, non mi dilungo a spiegare perché la *restitutio in integrum* costituisce la miglior tutela per il lavoratore che subisce la privazione di un “bene”, di cui l’ordinamento gli garantisce il possesso fino al limite del licenziamento legittimo (è questo il significato “non stupido” da attribuire alla stabilità nel posto di lavoro alla luce dell’art. 4 Cost., nella lettura che ne ha dato, fin da anni lontani, la Corte costituzionale).

6. Il rimaneggiamento dell’art. 18 fornito dal d.d.l. agisce su due distinti piani, strettamente interconnessi: il piano dei presupposti del licenziamento (la giustificazione, vale a dire la causa o il motivo addotti per giustificarlo); il piano delle sanzioni dei licenziamenti illegittimi. Su entrambi i piani le modificazioni apportate sono di grande rilievo e di notevole impatto sulla disciplina complessiva dei licenziamenti.

La nuova disciplina lascia tuttavia immutati i campi di applicazione degli art. 18 st. lav. e 8, l. n. 604/1966: il risultato è che,

con la nuova disciplina, le due aree originarie (più l'area residuale del recesso *ad nutum*) saranno divise in almeno *cinque aree* (più l'area del recesso *ad nutum*), essendo stata frammentata l'area originaria della tutela reale in almeno *quattro sub-aree*, due delle quali, espulse dalla tutela reale, sono diventate aree di tutela obbligatoria (una forte e una media), ambedue meglio indennizzate rispetto alla tutela obbligatoria ancora in vigore nell'area di applicazione dell'art. 8, l. n. 604/1966.

Le disparità di trattamento dei lavoratori a fronte di un licenziamento ingiustificato, prima determinate dalla circostanza che il licenziamento ricadesse nell'area della tutela reale o in quella della tutela obbligatoria, ora si moltiplicano nella stessa area di applicazione dell'art. 18. A sorreggere tali disparità non possono più essere invocati i criteri delle capacità economiche dell'impresa e del vincolo fiduciario nelle piccole unità produttive, utilizzati a suo tempo dalla Corte costituzionale per salvare la legittimità costituzionale della definizione del campo di applicazione dell'art. 18.

A fronte delle nuove disparità di trattamento nell'area di applicazione dell'art. 18 (e ferma restando l'area segnata dalla l. n. 604/1966), le opinioni che si sono sin qui manifestate possono essere raggruppate (semplificando al massimo) in due diversi orientamenti: un orientamento (mi riferisco in particolare alle tesi elaborate da Maresca e Ichino) *razionalizzante* (nel senso che giustifica il nuovo sistema come razionale); un orientamento *riduzionista* (è la tesi della relatrice, e mi scuso con lei per aver usato questo termine, ma non ho trovato di meglio).

Procederò discutendo prima dell'orientamento razionalizzante (nella critica convergo in molti punti con la relatrice); successivamente affronterò la tesi riduzionista della relatrice, dalla quale egualmente dissento per le ragioni che cercherò di chiarire brevemente oltre.

Partirò da una breve riflessione sulla questione della *giustificazione* dei licenziamenti, che mi pare indispensabile per aver chiari i termini della discussione.

7. A mio parere (qui dissento dalla relatrice, ma tornerò ampiamente oltre sul punto) occorre anzitutto tenere distinto il licenziamento *discriminatorio o altrimenti nullo* (motivo illecito determinante e violazione di divieti legali), nel quale vi è totale ca-

renza del potere di licenziare, dal licenziamento *ingiustificato*, nel quale il potere di licenziare sussiste, ma è esercitato in violazione dei limiti posti dalla legge, mediante la regola della doverosa giustificazione. La regola (di contenuto non meramente negativo, ma positivo) comporta l'attribuzione al lavoratore del diritto soggettivo di conservare il proprio posto di lavoro fino a quando non sopravvenga una ragione (soggettiva o oggettiva) che il datore di lavoro possa addurre, e sia in grado di provare, per esercitare legittimamente il potere di licenziare.

Vale la pena di sottolineare in proposito che il nostro diritto non prevede (e neppure il d.d.l. prevede) una ragione oggettiva (tecnico-produttiva) residuale: le ragioni oggettive non fanno eccezione alla regola della giustificazione. Detto altrimenti: se si vuole licenziare per ragioni tecnico-produttive, bisogna essere in grado di provare che queste ragioni sussistono, non sono pretestuose, e sono inoltre causalmente connesse al licenziamento (come da sempre dicono i giudici). Il nostro diritto non è modificabile nel senso di introdurre un'area di non giustificazione (il motivo economico residuale insindacabile, secondo la nota proposta di Ichino), perché la doverosità della giustificazione risponde, oltre che all'art. 4 Cost., a quanto previsto dalle fonti europee: una fonte internazionale (dunque di rango superiore rispetto alla legge ordinaria: l'art. 24 della Carta sociale europea); una fonte del diritto primario dell'UE (l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali). Sulla lettura di queste fonti sono d'accordo con Maria Teresa, quindi rinvio alla sua relazione.

Nel licenziamento *ingiustificato* (perché esercitato in violazione della regola della giustificazione) occorre inoltre distinguere l'ipotesi in cui l'esercizio del potere è paralizzato dalla mancanza del presupposto di una giustificazione adeguata (e di conseguenza l'esercizio illegittimo dà luogo ad invalidità del licenziamento: art. 18 vigente), dall'ipotesi in cui l'esercizio del potere in violazione della regola della giustificazione non comporta l'invalidità del licenziamento: il potere può dunque essere esercitato, ma l'illegittimità dell'esercizio del potere dà luogo al solo risarcimento del danno (art. 8, l. n. 604/1966).

La regola della giustificazione ha pertanto un'incidenza notevolmente diversa a seconda che il licenziamento di cui si tratta ricada nell'area della tutela reale o invece di quella obbligatoria. Poiché la Corte costituzionale non ha censurato la differenza di

trattamento del lavoratore licenziato senza adeguata giustificazione che ne deriva, si può dire che il legislatore può discrezionalmente decidere in ordine alla incidenza dei limiti al potere di licenziare, e di conseguenza alle sanzioni applicabili. Ma la discrezionalità deve essere “ragionevole e razionale”.

A fronte della introduzione di nuove differenze (o disparità) di trattamento, questa volta legate ad una “graduazione” delle giustificazioni, occorre verificare se siano fondate su criteri razionali e ragionevoli.

8. L'art. 18 (nel testo vigente, ma ancora per poco) prevede che il licenziamento debba essere in ogni caso motivato da ragioni soggettive oppure oggettive, e che la giustificazione addotta sia sottoposta al controllo del giudice cui spetta la decisione sulla validità o meno del licenziamento. La valutazione del giudice deve essere condotta sugli elementi di prova forniti dal convenuto, e le sue valutazioni non possono essere arbitrarie: il criterio è — in sintesi — quello della *proporzionalità* dell'effetto (estinzione del rapporto) rispetto alla motivazione addotta, e dunque del bilanciamento in concreto tra interessi contrapposti, tenuto conto del *valore costituzionale* della stabilità. La valutazione prescinde perciò (almeno in teoria) dalle intenzioni del datore di lavoro o dal grado della sua colpa: la legge non prevede infatti alcuna distinzione in ordine al “grado” della giustificazione addotta dal datore di lavoro.

9. Nella nuova formulazione dell'art. 18 la tutela reale piena resta in vigore per i licenziamenti discriminatori, e si estende a tutti i licenziamenti altrimenti nulli (su cui tornerò oltre). Per i licenziamenti ingiustificati la nuova formulazione altera l'equilibrio tra tutela reale e tutela obbligatoria raggiunto dal diritto vigente nelle ipotesi (regolate dai commi 4 e 7 del nuovo art. 18), nelle quali il licenziamento privo di giustificazione potrà essere alternativamente improduttivo o produttivo di effetti, a seconda della scriminante dettata dalla legge tra giustificazione *insussistente* e giustificazione *insufficiente*. La sanzione varia dunque a seconda del “grado” (se così si può dire) o della gravità della mancata giustificazione.

Non ricapitolo le diverse ipotesi, perché lo ha già fatto egregiamente la relatrice. Ricordo solo che fanno caso a sé i *vizi procedurali* per i quali il d.d.l. ha previsto la sola sanzione risarcitoria

(ma ridotta: 6-12 mensilità). La scelta pare alquanto opinabile. Per quanto riguarda la violazione dell'art. 7 st. lav., si può ricordare che, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, il vizio non è procedurale ma sostanziale, e dunque il licenziamento intimato senza il rispetto della procedura disciplinare è ingiustificato: quindi dovrebbe essere sanzionato con la stessa sanzione prevista dal comma 5 (risarcimento 12-24 mensilità). Per quanto riguarda l'omessa motivazione (di cui opportunamente si sancisce l'obbligatoria contestualità con la comunicazione scritta del licenziamento), più che opinabile, la scelta del d.d.l. è assurda, trattandosi di un obbligo formale al quale è strettamente collegato il diritto del lavoratore di impugnare. Vorrei richiamare alla memoria di tutti la controversia interpretativa sulla distinzione tra violazione della forma scritta e mancata comunicazione dei motivi, risolta diversi anni fa da un intervento delle S.U. nel senso della equiparazione della seconda alla prima. Questo legislatore, che pare prestare un'attenzione, persino sorprendente, all'orientamento giurisprudenziale prevalente, stavolta si è distratto?

In difetto di motivazione il lavoratore impugna alla cieca, e nel caso abbia sbagliato la mira, le conseguenze sull'esito della causa possono essere gravi. Non risolve di per sé il problema dell'incongruità di questa disposizione l'aggiunta « a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo ». In tal caso, infatti, ad un vizio formale se ne sovrappone uno sostanziale (e l'onere della prova della giustificazione dovrebbe restare a carico del datore di lavoro).

10. Secondo una lettura suggestiva del d.d.l. (Maresca, e anche Ichino), la ragionevolezza delle disparità di trattamento sta nella "oggettiva" *diversità* della situazione, diversa appunto a seconda del grado di (non) giustificazione del licenziamento. Detto altrimenti: la graduazione delle sanzioni previste (reintegrazione forte, reintegrazione debole, tutela obbligatoria forte, tutela obbligatoria debole) si spiega perché razionalmente discende dal grado di violazione del dovere di giustificazione (giustificazione da insussistente a insufficiente).

Convegno che l'ottica adottata dal Governo è quella della

graduazione delle sanzioni a seconda del grado della “colpa” del datore di lavoro, come se il licenziamento ingiustificato fosse un illecito extracontrattuale (tanto che, usando la terminologia penalistica echeggiata dal d.d.l., verrebbe da distinguere tra licenziamento “doloso” e licenziamento “preterintenzionale”).

Ma si tratta di un vizio prospettico. Concordo sul punto con la relatrice: la graduazione delle sanzioni prevista dalla riforma non opera solo sul versante della “punizione” del datore (in ragione dell’entità della sua “colpa”, ovvero della sua mala o buona fede) ma anche su quello dei presupposti (1) che devono sorreggere il licenziamento perché sia legittimo. Il che è ovvio: perché non si possono graduare le sanzioni se non se ne sono graduati i presupposti.

La graduazione della (mancata) giustificazione (il fatto addotto non sussiste, oppure il fatto sussiste, ma non è sufficiente a giustificare) introduce una distinzione nuova, che a me pare in contrasto con la doverosità della giustificazione: sia essa insussistente o insufficiente, in entrambi i casi la giustificazione è carente, ed è carente nello stesso modo, perché per essere giustificato il licenziamento deve essere sorretto da una motivazione adeguata (cioè corrispondente alle *definizioni legali*, che il d.d.l. non modifica, e che non contengono alcuna graduazione). Se la motivazione è inadeguata, il licenziamento costituisce un effetto sproporzionato rispetto alle ragioni adottate.

11. Il richiamo alle definizioni legali di g.c. e g.m. oggettivo e soggettivo induce ad una breve digressione. Come la lettura del testo rende evidente, nella nuova formulazione dell’art. 18 il Governo sembra essersi sommanente preoccupato della limitazione della discrezionalità del giudice, tentando di costringere le sue valutazioni entro limiti precostituiti.

Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare, le polemiche suscitate dall’implicito richiamo all’art. 2106 c.c. nelle nuove regole sul licenziamento disciplinare hanno indotto i relatori in Commissione a modificare il testo del d.d.l., riducendo alle sole tipizzazioni contrattuali la possibilità del giudice di valutare la “preterintenzionalità” del licenziamento (secondo il codice disci-

(1) M.T. Carinci parla di causa: non concordo, ma sarebbe fuor di luogo discutere qui della questione.

plinare il comportamento doveva essere punito con una sanzione conservativa).

Mi pare valga la pena di ricordare che, secondo quanto previsto attualmente dal Collegato lavoro, il giudice deve solo *tenere conto* delle “tipizzazioni” contrattuali; ora si vuole invece che sia vincolato ad esse. Con ciò si intende rimettere in discussione un orientamento giurisprudenziale consolidato, sostenuto da due (buoni) argomenti: l’inderogabilità della disciplina legale (carattere prescrittivo delle definizioni legali di g.c. e g.m., da cui la S.C. deduce la possibilità di prescindere dalle valutazioni dell’autonomia collettiva); la regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento, che al di là dell’esplicito richiamo all’art. 2106 c.c., costituisce principio generale (proprio altresì del diritto dell’UE, e ribadito più volte dalla Corte di Giustizia dell’UE) in materia di sanzioni.

Per quanto riguarda poi le giustificazioni oggettive, si pretende di costringere la valutazione del giudice entro i paletti segnati dalla distinzione tra la “manifesta insussistenza del fatto” e la sussistenza del fatto, non sufficiente però a giustificare il licenziamento. A me pare che, al di là della graduazione di cui ho detto prima, si trascuri che la giustificazione oggettiva per lo più non è basata direttamente su fatti, ma su valutazioni dell’imprenditore in ordine al venir meno della convenienza della conservazione di un posto di lavoro, nella quale i fatti giocano un ruolo secondario: il che dovrebbe ridurre la reintegrazione a sanzione per le ipotesi patologiche e come tali del tutto marginali.

La pervicace intenzione di contenere al massimo la valutazione discrezionale del giudice sembra nascere (tra l’altro) anche da un equivoco teorico. Il Governo e gli interpreti più simpatetici sembrano dare per scontato che nella disciplina del licenziamento ricorrano *clausole generali*, vale a dire fattispecie astratte determinate dal legislatore in termini valutativi, che rinviano ai giudizi di valore dell’interprete. E partendo da questo presupposto tentano di delimitare ogni valutazione discrezionale del giudice, attraverso il richiamo alle tipizzazioni contrattuali, o attraverso la distinzione tra l’insussistenza del fatto, e le altre ipotesi considerate “minori”.

Conviene allora sottolineare che la migliore dottrina esclude che le definizioni legali della giusta causa (art. 2119 c.c.) e del giustificato motivo (art. 3 l. n. 604/1966) possano essere definite

“clausole generali”, ritenendo che si tratti piuttosto di “norme aperte”, o meglio “vaghe”.. Il legislatore usa infatti formule che fanno rinvio a canoni tecnici (specie in materia di inadempimento), ma usa anche espressioni che esigono valutazioni dell’interprete (notevole inadempimento, causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto). Quanto alla definizione legale del giustificato motivo oggettivo, la definizione è molto generale e “valutativa”: una definizione che lascia al giudice un margine per il bilanciamento tra libertà dell’iniziativa economica e diritto al lavoro nella fattispecie concreta, non comprimibile fino a che le definizioni legali restano come sono. Se per essere giustificato il licenziamento deve essere sorretto da una motivazione adeguata, alla luce della definizione legale vaga e generale, il giudice mantiene il potere di valutare discrezionalmente, anche se dovrà tener conto della nuova graduazione tra giustificazioni insussistenti e giustificazioni insufficienti nel decidere in ordine alla sanzione da applicare. Se anche il licenziamento per motivo oggettivo deve essere giustificato (e la giustificazione è controllabile dal giudice) è inevitabile che le valutazioni del giudice (in ordine alla connessione causale tra le ragioni addotte dall’imprenditore e il licenziamento) si sovrappongano a quelle dell’imprenditore; se così non fosse, il licenziamento per motivo oggettivo ricadrebbe in un’area di licenziamento sostanzialmente *ad nutum*, e tutti i licenziamenti finirebbero per ricadere in quest’area.

La volontà di limitare le valutazioni discrezionali del giudice è chiara. Ma anche una rozza teoria dell’interpretazione del diritto è sufficiente per capire che la discrezionalità del giudice è ineliminabile.

12. Tutti i problemi su cui mi sono soffermata sin qui potrebbero essere risolti, se si accedesse alla proposta interpretativa avanzata dalla relatrice.

Nella sua relazione, Maria Teresa Carinci ci propone (riassumo al massimo) di ridurre il licenziamento ingiustificato a licenziamento discriminatorio (che a sua volta assorbe quello determinato da motivo illecito), rendendo così in sostanza scarsamente rilevante, in via teorico-pratica, la complicata articolazione dell’apparato sanzionatorio messa in campo dal nuovo testo dell’art. 18 commi da 4 a 7. La proposta è suggestiva e stimolante, ma ha il difetto di sottovalutare i vincoli posti dalla lettera delle disposi-

zioni oggetto di interpretazione, oltre che essere in evidente contrasto con le intenzioni del legislatore.

Per questo, discostandomi dalla relatrice, proverò a rileggere il testo dell'art. 18: per metterne in evidenza i punti critici, e senza pretesa di avere in tasca una soluzione interpretativa capace di risolvere le contraddizioni. Distinguendo, non omologando.

Per quanto riguarda le due fattispecie del licenziamento discriminatorio (o altrimenti nullo, come dirò tra un attimo) e del licenziamento ingiustificato, penso appunto che sia necessario distinguere, tenendo separata la situazione della carenza del potere di licenziare che caratterizza la prima fattispecie (il licenziamento è vietato), dalla situazione che caratterizza la seconda fattispecie, nella quale il potere di licenziare sussiste, ma il suo esercizio legittimo è condizionato dal rispetto di limiti (presupposti), nei quali si esprime il bilanciamento tra gli interessi contrapposti delle parti.

13. Occupiamoci intanto della prima fattispecie. La confusione tra licenziamento *discriminatorio* e licenziamento *altrimenti nullo* può essere ingenerata dalla circostanza che il d.d.l. (art. 18, comma 1) unifica la sanzione (reintegrazione forte), estendendola anche al di fuori del campo di applicazione dell'art. 18 (era già così per il licenziamento discriminatorio, ma non per altri casi di nullità: viene dunque meno quella distinzione tra nullità di diritto speciale e nullità di diritto comune, che ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi). A me pare tuttavia necessario ribadire (lo ho già detto io, e lo hanno detto altri) che il licenziamento discriminatorio non deve essere confuso con altre fattispecie di licenziamento nullo.

La dimostrazione di questa asserzione richiederebbe anzitutto di spiegare perché la discriminazione (diseguaglianza anti-giuridica) è un concetto di relazione, che come tale si basa su di un giudizio comparativo: ciò che del resto emerge con evidenza dalle definizioni legali della discriminazione, sia diretta, sia indiretta (nozioni a mio avviso concettualmente distinte: la distinzione non è solo questione di onere della prova, come afferma la relatrice). Pur tenendo in considerazione le caratteristiche del "nuovo diritto antidiscriminatorio", su cui alcuni autori costruiscono la tesi che riduce la discriminazione a lesione di diritti fondamentali altri rispetto all'eguaglianza, mi pare che la formula-

zione della nozione di discriminazione contenuta in queste fonti del diritto comunitario e interno non giustifichi l'abbandono della nozione comparativa di discriminazione.

Tanto premesso, e venendo al licenziamento discriminatorio, per quanto la rubrica dell'art. 3, l. n. 108/1999, sembri alludere ad una fattispecie generale e onnicomprensiva, il testo della disposizione elenca — attraverso il rinvio agli artt. 4, l. n. 604/1966, e 15 st. lav. — una serie di fattori di discriminazione: la tecnica del rinvio utilizzata dal legislatore induce a ritenere che l'elenco sia tassativo. Peraltro occorre ricordare che l'elenco già lungo si è ulteriormente allungato: costituisce senz'altro licenziamento discriminatorio quello del lavoratore o della lavoratrice vittime dei comportamenti riconducibili a molestie in ragione di uno dei fattori di discriminazione considerati nei d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003 e successive modifiche, nonché della cosiddetta “vittimizzazione”, che ora viene assimilata alla discriminazione, e sanzionata perciò con gli strumenti del diritto antidiscriminatorio. Per quanto riguarda il licenziamento delle lavoratrici madri durante il periodo coperto dal divieto (che anche nel d.d.l. è tenuto ancora distinto dal licenziamento discriminatorio, ma omologato nella sanzione), solidi argomenti nel senso della qualificazione come discriminatorio possono essere attualmente tratti dalle modifiche intervenute con l'attuazione della Direttiva *refusion* 2006/54.

La fattispecie del licenziamento discriminatorio è dunque attualmente molto ampia, ma non priva di confini. Per questo ritengo sia ancora necessario distinguere tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per motivo illecito (altro e diverso dalla discriminazione: una fattispecie aperta, nella quale possono rientrare casi disparati), o per violazione di divieti legali diversi dal divieto di discriminazione.

Come è noto, uno dei problemi che rendono il licenziamento discriminatorio una fattispecie di scarso rilievo pratico è legata alla difficoltà della prova della discriminazione. I nostri giudici hanno infatti continuato a qualificare la discriminazione come atto intenzionale, facendo gravare per intero sul ricorrente l'onere di provare l'intento discriminatorio, che deve dunque risultare come motivo (illecito) unico e determinante del recesso. Il richiamo all'intento ingenera confusione tra la discriminazione (che è una differenza di trattamento, direttamente o indirettamente riconducibile ad un fattore di discriminazione, pregiudizievole per

gli *effetti* che produce, e non per l'intento dell'agente) e il motivo illecito.

Le critiche mosse all'uso dello strumento tecnico del motivo illecito determinante colgono nel segno e perciò faccio ad esse rinvio. Ad orientare diversamente i giudici dovrebbe essere tuttavia sufficiente una più attenta considerazione delle fonti, che assegnano carattere oggettivo alla discriminazione, consentendole di emergere anche in presenza di misure neutre (e altrimenti legittime), grazie specialmente al particolare regime probatorio delle discriminazioni. Il problema è che, nel caso del licenziamento, il regime probatorio della discriminazione viene a combinarsi con l'onere della prova della giustificazione che grava sul datore di lavoro. Salvo il caso poco probabile del licenziamento completamente privo di motivazione, una giustificazione (soggettiva o oggettiva) è adottata: se la giustificazione è carente o inadeguata, il licenziamento è ingiustificato: ma questo non significa che per ciò stesso sia discriminatorio. A fini di qualificazione in termini di discriminazione il ricorrente dovrà allegare elementi capaci di convincere *prima facie* il giudice del *fumus* della discriminazione (non dell'intento dell'agente, ripeto, ma del collegamento tra una causa ed un effetto): graverà allora sul datore di lavoro una sorta di onere rafforzato di prova della giustificazione adottata, al fine di escludere positivamente l'assenza di discriminazione.

14. Dopo avere distinto il licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per motivo illecito o per violazione di un divieto legale, veniamo ad una ulteriore distinzione: quella tra licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo e licenziamento ingiustificato. Sulla questione mi sono già soffermata prima; qui posso limitarmi a dire che nell'art. 18 (ancora vigente) i licenziamenti invalidi per ragioni diverse (nulli, inefficaci, ma anche ingiustificati, qualificati questi ultimi come "annullabili"), sono unificati nella sanzione, e l'unificazione avviene sul versante della nullità (e quindi della reintegrazione). La confusione è dunque possibile. Ma nella l. n. 604 la distinzione tra licenziamento nullo o inefficace e licenziamento ingiustificato è netta, e la distinzione rende meglio evidente il fondamento su cui poggia, e cioè la distinzione tra la carenza del potere e la presenza di un potere limitato nel suo esercizio, sia pure con diversa incidenza della violazione dei limiti sulla validità dell'atto.

La base teorica della distinzione tra licenziamento nullo e licenziamento ingiustificato (alternativamente invalido o valido ma illecito) mi pare non superabile, neppure alla luce della prospettata riforma.

15. Non ho conclusioni da trarre, ma solo riflessioni critiche da proporre. Qui mi sono fermata solo su un punto (sia pure centrale) della nuova disciplina dei licenziamenti, ma ce ne sarebbero molti altri da affrontare. Ad esempio, occorrerebbe dedicare attenzione all'impatto della riduzione della tutela per vizi procedurali nei licenziamenti collettivi, tenuto conto che si tratta di una materia nella quale la tutela del diritto dei singoli è affidata alla correttezza delle procedure, dalle quali dipende da un lato la possibilità per le organizzazioni sindacali di gestire responsabilmente la vicenda, e dall'altro la possibilità per i singoli di controllare l'operato dei propri rappresentanti.

Ma anche fermandosi solo alla riformulazione dell'art. 18, i problemi interpretativi sono tali e tanti da far prefigurare un contenzioso che darà molto lavoro agli avvocati; forse sarebbe il caso di riflettere meglio sulla stessa opportunità di varare in tutta fretta una riforma della quale, specie alla luce di quanto sta accadendo in Europa, sembrano venir meno le contingenti ragioni di urgenza.

MARIO NAPOLI

Il Diritto del lavoro oltre la crisi.

Un plauso e un ringraziamento al Direttivo e al Presidente Raffaele De Luca Tamajo per la scelta del tema e dei relatori. Complimenti a Oronzo Mazzotta per la scelta della sede e per l'organizzazione ospitale. Noi a Milano ci siamo preparati a quest'incontro con un ciclo di seminari dedicati al Diritto del lavoro nella crisi, con relazioni dei professori Giuseppe Ferraro, Luigi Meneghini, Angelo Pandolfo, Pierantonio Varesi. I nostri dottorandi di ricerca ora sono qui con noi.

Mi sia consentito ringraziare pubblicamente tutti gli amici che mi hanno sollecitato a presentare la mia candidatura per l'elezione del direttivo in vista di una possibile presidenza. Le vicende della vita mi hanno impedito di accogliere questo invito. Ora vi sono validissime candidature. Dovremmo, tuttavia, prendere un impegno: la prossima volta dovremmo eleggere presidente una donna. Noi ci prodighiamo in azioni positive, ma non le attuiamo al nostro interno.

Mi è stato attribuito il compito di *discussant* sulla relazione di Maria Teresa Carinci sul rapporto di lavoro. Ho svolto tale ruolo un'altra volta a Baia delle Zagare nel 2001. Ma in quell'occasione il relatore Pietro Rescigno non presentò un testo scritto. Per fortuna non c'è uno statuto ontologico del ruolo di *discussant*. Ora devo interpretare tale ruolo in presenza di un testo complesso e molto bello come è la relazione di Maria Teresa Carinci. Sfuggo dalla pretesa di fare una controrelazione poiché proclamo di essere d'accordo con l'impostazione della relazione. Devo ammirare la capacità di prospettare già compiuti assetti interpretativi di carattere sistematico. Quando il testo è ancora *in fieri* lo spirito di valutazione critica impedisce la razionalizzazione sistematica.

Perché quella di Maria Teresa Carinci è una bella relazione? Essa innova sul metodo e sulla tecnica espositiva. Si comincia con

i dati statistici, a cui noi giuristi siamo molto restii, e si prospetta il quadro comparato prima di dedicarsi alla ricostruzione del diritto interno. Questo modo di procedere racchiude il meglio del Diritto del lavoro. Apertura alle scienze sociali, impiego del diritto comparato, impatto della nuova normativa sul sistema. Le prime interpretazioni razionalizzanti mi sembrano convincenti e accettabili. Il diritto del lavoro nella crisi — molto opportunamente la relazione prospetta con maggior precisione il diritto del lavoro nel tempo della crisi — ha svolto contemporaneamente il ruolo di protagonista e quello d'imputato. Questo è il grande dilemma dinanzi al quale ci siamo trovati. Ruolo da protagonista nella crisi economica connessa con la crisi finanziaria. La crisi è stata governata con un solo strumento tipicamente lavoristico: gli ammortizzatori sociali con la felice invenzione extrasistemica della Cassa integrazione in deroga sulla quale si soffermerà l'ottima relazione di Enrico Gragnoli (a Milano ci ha parlato Angelo Pandolfo).

Contemporaneamente il Diritto del lavoro era il grande imputato nel dibattito culturale e politico. Prima e dopo la crisi finanziaria si è verificato un eccesso di sovraccarico funzionale delle regole lavoristiche, accusate di scoraggiare gli investimenti e perciò da modificare profondamente. Questo duplice ruolo di protagonista e di imputato attribuito al Diritto del lavoro è facilmente coglibile nei primi articoli del disegno di legge del Governo. Essi, nel mutamento del clima generale provocato dal Governo Monti, collegano la regolazione del lavoro a una prospettiva di crescita, mentre precedentemente le virtù taumaturgiche erano affidate alla regolazione in quanto tale. Il Governo saggiamente vorrebbe collegare la riforma del lavoro a una prospettiva di crescita, ma con ciò stesso ritiene che la crescita non si ottiene con la riforma del lavoro, cioè per via di regolazione giuslavoristica.

Perciò è opportuno cogliere cosa non c'è nel disegno di legge oltre che ricordare quello che c'è. A me preoccupa che nella prospettiva della crescita, o meglio, come a me piace dire, nella prospettiva dello sviluppo, mancano tutte quelle materie non lavoristiche che condizionano il Diritto del lavoro. Mancano misure che favoriscano gli investimenti produttivi, è assente una politica industriale che conservi e potenzi l'apparato produttivo manifatturiero, non è delineata una strategia delle riconversioni produttive come strumento per far fronte alla chiusura dei siti produttivi, mancano strutture e strategie per la creazione di imprese start-up,

mancano strumenti urbanistici che agevolino insediamenti produttivi, manca una strategia per il Mezzogiorno che utilizzi i fondi strutturali europei, mancano politiche che incentivino gli investimenti in ricerca e sviluppo per le imprese, per l'innovazione tecnologica e la crescita dimensionale, mancano prospettive di valorizzazione della formazione e della qualità del lavoro. Quando si legge il testo del disegno di legge in una prospettiva di sviluppo colpisce quello che non c'è piuttosto che quello che c'è.

Certo, vi è qualche apertura negli ultimi articoli. Le disposizioni sull'apprendistato possono essere lette in una prospettiva di sviluppo, se si considera come strumento e occasione di occupazione giovanile, ma la materia era stata già regolata dal Testo unico. Apprezzabili anche le disposizioni sull'istruzione permanente: non c'è sviluppo senza l'accrescimento culturale della popolazione adulta. Che dire delle politiche attive del lavoro? L'ennesima delega non può nascondere il ritardo nella predisposizione di autentici servizi per l'impiego. Con i miei allievi ho redatto una trattazione sui servizi per l'impiego che supera l'ottica del collocamento (v. M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2010). Mi è capitato di leggere a Milano la tesi dottorale di Alessandra Sartori (*Le riforme dell'organizzazione dei mercati del lavoro in Europa. Convergenze e divergenze nelle politiche per l'occupazione*, 2010), per cogliere cosa significa in Europa servizi per l'impiego e politiche del lavoro orientate allo sviluppo. Questi, in presenza di crisi occupazionali, dovevano essere collocati al primo posto invece che all'ultimo.

Vediamo quello che c'è. Innanzi tutto la flessibilità in entrata e la flessibilità in uscita. Non mi piacciono questi termini nel linguaggio legislativo. Possono essere usati nel dibattito politico culturale non nella redazione delle leggi.

Il termine flessibilità in uscita dovrebbe significare adeguamento degli organici alle esigenze produttive o di mercato. Giuridicamente si realizza questo obiettivo con la disciplina della messa in mobilità, o meglio, mediante i licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Il disegno di legge, impropriamente, per flessibilità in uscita prevede un'articolazione degli effetti del licenziamento illegittimo, che è tutt'altra cosa. Non è vero che ciò è stato chiesto dall'Europa. L'Europa non ha voluto omogeneizzare i regimi giuridici in materia di licenziamenti, salvo che per i licenziamenti collettivi. La famosa lettera della BCE, nel cui norme si è

legiferato con l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, chiedeva all'Italia di contrastare gli effetti sociali dei licenziamenti collettivi sulla scia di quanto avviene in Europa (Germania e Francia) con misure di accompagnamento in uscita (ecco la flessibilità in uscita). L'art. 14 del disegno di legge modifica l'art. 18 della l. n. 300/1970, accogliendo l'istanza di una parte dell'opinione pubblica. Dico tutto il male possibile della norma che modifica l'art. 18. Noi lavoristi dovremmo protestare per il saccheggio della normativa ispirato ad altre culture, particolarmente alla cultura economica che ha imposto il suo linguaggio e il suo punto di vista. I dibattiti televisivi sull'art. 18 nascondevano diversi profili di analisi, confondendo i presupposti di validità con la regolazione degli effetti del licenziamento illegittimo. Poiché siamo ancora in fase di dibattito sarebbe molto bello se noi chiedessimo l'eliminazione di questa norma. Il disegno di legge starebbe ancora in piedi.

È un errore del governo Monti aver avallato le opinioni che affidavano il superamento della crisi alle modifiche dell'art. 18. L'errore è economico, politico, giuridico. Noi lavoristi possiamo veramente credere che la mancata attrazione degli investimenti sia dovuta all'art. 18? A Modena gli investimenti produttivi vi sono stati, nonostante l'art. 18. E poi un governo tecnico non avrebbe dovuto contrastare la volontà del popolo sovrana che col referendum ha optato per la conservazione della norma. La regola dell'art. 18, che non è stata mai adeguatamente compresa nemmeno dalla dottrina, è la regola più razionale che si sia escogitata. Se il datore di lavoro toglie illegittimamente un posto di lavoro, lo deve restituire e risarcire i danni. È la vecchia regola della *restitutio in integrum*, che ora viene apprezzata dai processualciviltisti in altri contesti diversi da quelli lavoristici. La norma che si propone è un guazzabuglio di irrazionalità. Non mi stanco di ripetere che il legislatore è vincolato al principio della ragionevolezza anche con riferimento alla coerenza interna dell'istituto regolato. Nel disciplinare un istituto il legislatore non è libero di scegliere, ma deve essere coerente con se stesso e con l'impatto sistematico. A mio modo di vedere la formulazione prospettata viola gli artt. 3 e 24 della costituzione perché il legislatore introduce delle differenziazioni interne alla tutela non ragionevoli. Nel convegno di Padova Suppiej mi accusò, a proposito della mia relazione sulla ri-

forma Biagi, di digerire tutto. Devo ora dichiarare che la riforma dell'art. 18 non riesco a mandarla giù.

La flessibilità in entrata è un'espressione che si giustifica per descrivere l'intento legislativo, anche se è più corretto parlare di articolazione tipologica del rapporto di lavoro. C'è stato sicuramente uno scambio tra flessibilità in uscita e allentamento della flessibilità in entrata. Il legislatore ribadisce che il contratto di lavoro a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro, cosa che io ho continuato sempre a sostenere, ma allora non si giustifica l'eliminazione delle causali per il primo contratto a termine. Qui il legislatore si ispira alla dottrina che dinanzi alla formula legislativa molto bella e flessibile — ragioni tecniche organizzative, produttive e sostitutive — ha intravisto a torto un'oggettiva liberalizzazione del termine.

La dottrina dovrebbe gettare lo sguardo oltre la crisi. Il Diritto del lavoro oltre la crisi vede innanzi tutto la valorizzazione del moderno diritto antidiscriminatorio, come ha fatto Maria Teresa Carinci. Il nuovo Diritto del lavoro deve essere un diritto fondato sulla dignità della persona e sulle pari opportunità di cui le politiche anti discriminatorie costituiscono il presupposto. L'art. 15 dello Statuto dei lavoratori diventerà in misura sempre maggiore la norma più importante per il Diritto del lavoro, paragonabile a quella che per il diritto dell'impresa è la libertà di concorrenza.

In secondo luogo si può accettare la tesi di Maria Teresa Carinci sulla mobilità funzionale, intesa non in chiave derogatoria. Non si esce dalla crisi se non si supera l'orizzonte del Diritto del lavoro che si ripiega su stesso. La mobilità funzionale va considerata, come aveva inteso l'art. 13 dello Statuto anch'esso vituperato, come tutela e crescita della professionalità. Senza la crescita della professionalità le imprese non possono difendere il loro *know-how*, non possono competere con le economie più progredite. Qui si apre il discorso alla formazione continua, tema sempre trascurato e invece centrale per il superamento della crisi. Si pone anche il problema degli *stages*. Le imprese hanno chiesto una normativa leggera per gli *stages*. Il pacchetto Treu ha introdotto la normativa, ma le imprese intendono gli *stages* come disponibilità di manodopera a basso costo.

Maria Teresa Carinci tocca poi il tema delle politiche dell'orario. Formulerei il tema ancora più in generale: la conciliazione dei

tempi di lavoro con i tempi di vita. Il tema lanciato dalla legislazione del 2000 ora deve essere ripreso anche alla luce del *welfare* aziendale perseguito dalla contrattazione collettiva.

Il problema più grande per uscire dalla crisi è il problema retributivo. Abbiamo dimenticato il ruolo d'impulso della dinamica della crescita svolto dalla retribuzione. Occorre aumentare i salari, ma ciò è possibile soltanto con la crescita della produttività e della redditività aziendali. Il ruolo della contrattazione collettiva è cruciale. Il pregio dei due accordi interconfederali del 2009 e del 2011 è tutto riposto nella contrattazione aziendale come leva di sviluppo. L'art. 8 aveva capito il ruolo strategico della contrattazione aziendale, ma poi sbagliava nell'indicazione dei mezzi: prevedere un potere derogatorio della legislazione generalizzato. La contrattazione aziendale deve essere collegata alle varie prospettive di crescita di un determinato territorio, mediante la dotazione di infrastrutture e di reti di servizi. In Lombardia è stata organizzata una fiera della contrattazione per mostrare quanto possano fare le iniziative congiunte di imprese e sindacati per superare la crisi nella direzione dello sviluppo.

Il grande tema che la crisi ha messo da parte, ma che occorre riprendere, è il tema della responsabilità sociale dell'impresa. All'interno del tema va ripreso altresì il discorso della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, tema ora di un'indagine comparata da parte di Matteo Corti (*La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012). Il Parlamento avrebbe potuto discutere il testo del disegno di legge presentato dal senatore Treu, ma non l'ha fatto. Ora tutto è rimesso a una delega al Governo. Responsabilità sociale dell'impresa significa sforzo continuo per il massimo di sicurezza verso i lavoratori e verso l'ambiente. Non dobbiamo più cadere nell'errore di sottovalutare le regole. È stato il fenomeno del *mobbing* a farci riscoprire l'art. 2087 c.c., scritto per la prevenzione in materia di sicurezza. Son stati i civilisti e i processualisti a cogliere le potenzialità dell'art. 2087 c.c. come ha mostrato Paqualino Albi nella sua bellissima monografia (*Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2008).

Oggi per impulso europeo emergono nuovi rischi come lo stress lavoro correlato. La sicurezza del lavoro e dell'ambiente costituirà sempre un punto di forza del Diritto del lavoro oltre la crisi. Il Diritto del lavoro per lo sviluppo che io auspico è quello

di cui le imprese si possano vantare, la cui osservanza costituisca un fiore all'occhiello del *management*. Ovviamente anche i lavoratori devono condividere gli obiettivi di crescita e di sviluppo, superando la tradizione dell'alienità.

L'impegno della dottrina è fondamentale per porsi oltre la crisi. La dottrina nel suo complesso non è stata capace di elaborare linee di politica legislativa condivise. Il legislatore ha preferito interloquire soltanto con alcuni filoni culturali che snobbavano il Diritto del lavoro. Oggi specialmente il diritto sindacale appare frastagliato e calibrato sulle vicende giudiziarie, mente occorrerebbe una convergenza ampia su alcune tematiche di fondo. Occorre uno scatto di orgoglio lavoristico che risponda alle sfide legislative e a quelle delle culture dominanti. Dobbiamo ancora propugnare un Diritto del lavoro per la promozione della persona e la coesione sociale. Qui a Pisa tra fine Ottocento e inizio del '900 ha insegnato un professore che poneva l'economia al servizio dell'uomo. Era Giuseppe Toniolo, oggi divenuto beato.

INTERVENTI

FRANCO LISO (*)

Cercherò di dire qualcosa sulla bella relazione di Maria Teresa Carinci, anche se sugli aspetti più tecnici di questa relazione bisognerà, come ha detto Scognamiglio, un po' studiare, fare degli approfondimenti. Di primo acchito, però, le valutazioni che faceva Maria Vittoria Ballestrero sull'eccessiva dilatazione della nozione di discriminazione, mi sembrano sensate.

In linea generale, dal punto di vista della politica del diritto, della relazione condivido l'orientamento a valutare negativamente questa flessibilità in uscita che si è voluta introdurre e convergo sull'idea che le risposte debbano essere date piuttosto attraverso una maggiore flessibilità interna.

Condivido anche l'appassionato appello di Mario Napoli all'orgoglio giuslavoristico, sebbene credo che qualche elemento di riflessione debba essere portato. Giorni fa c'è stato un convegno a Pescara proprio sui licenziamenti. Le relazioni di Ichino e di Speciale erano entrambe impostate, nel loro inizio, sulla valutazione degli aspetti di tipo economico; quindi facevano i conti con quella cultura che tu dici andrebbe rigettata, e con la quale, invece, una parte del giuslavorismo cerca di fare i conti.

Quanto all'esaltazione dell'art. 18 st. lav., la condivido, ma solo in parte. Bisogna infatti considerare che l'articolo — che di per sé contiene un principio di indiscutibile valore — è al servizio di un sistema che non offre grandi certezze alle imprese in parecchie situazioni. È vero che di fronte al dato giuridico la mediazione del magistrato è ineliminabile, come giustamente ha detto Maria Teresa, però ci vogliono modi per ricondurre entro margini

(*) Il testo dell'intervento è stato oggetto unicamente di revisione redazionale.

di maggiore prevedibilità i suoi esiti. Oggi spesso l'incertezza è sovrana. Ci sono orientamenti assai difformi, e le conseguenze di una decisione assunta in questo contesto di incertezza possono essere assai gravi per l'impresa, complice in particolare la durata dei processi. Non è presumibile che il datore di lavoro abbia qualche propensione, come dicevi tu all'inizio, a scegliere tipi di rapporti di lavoro che non gli pongono questo problema? Quindi, condivido la valutazione negativa della risposta che Monti dà su questo problema, ma questa valutazione negativa la faccio discendere dal fatto che non è intervenuto sul versante sul quale sarebbe stato opportuno intervenire, cioè quello che avrebbe potuto fornire certezze in ordine alla legittimità della decisione imprenditoriale; si è invece proceduto solo a monetizzare l'incertezza della decisione, restituendo comunque all'impresa la possibilità liberarsi del lavoratore.

Che questo sia incostituzionale, come dice Mario, per irragionevolezza, è un po' forte come affermazione, se pensiamo che esistono già aree nelle quali c'è solo la monetizzazione. Comunque, a proposito di questa restituzione di potere all'impresa tramite monetizzazione e del fatto che si è detto che ci si è voluto ispirare al modello tedesco, mi viene da richiamare quanto diceva Luca Noggler nel convegno di Pescara che prima richiamavo. Parlando dell'esperienza tedesca diceva che in quel sistema, che conosce la reintegrazione, è data al magistrato la possibilità di non ordinarla quando valuti comunque sussistente un interesse dell'impresa contrario ad essa. Il sistema tedesco spinge quindi ad apprezzare l'esistenza di un interesse dell'impresa antepoendolo a quello del lavoratore alla reintegrazione. Il nostro sistema, in un certo senso, è più primitivo. La decisione la si è lasciata integralmente nelle mani dell'imprenditore, punto e basta, consentendogli di risolvere il rapporto di lavoro semplicemente pagando. E una soluzione al ribasso, coerente con la lotta ideologica che si conduce da un lato e dall'altro sull'art. 18. Si è persa l'occasione, a mio avviso, per fare un passo in avanti che dovrebbe essere quello di ridurre la crucialità della mediazione giudiziaria, e delle sue inevitabili incertezze, attraverso la promozione di una contrattazione collettiva che abbia ad oggetto i modi in cui l'impresa deve farsi carico della tutela dell'interesse dei lavoratori alla stabilità del rapporto. Si tratterebbe di una contrattazione che, avendo come inevitabile ricaduta la spinta ad una valorizzazione del capitale umano, alla

lunga mirerebbe a salvaguardare anche l'interesse dell'impresa ad una maggiore capacità di competizione.

Svolgo ora qualche veloce considerazione sulla relazione di Leccese. Grande enfasi lui ha posto sull'idea che l'efficacia generalizzata sia legittimata dalla partecipazione democratica che l'accordo contempla a favore dei singoli lavoratori, i quali possono esprimerla nelle elezioni della RSU o nell'eventuale partecipazione al referendum. In altri termini, sarebbe risolutiva per lui la circostanza che il dissenso abbia possibilità di esprimersi. Io ritengo piuttosto che si dovrebbe assumere una prospettiva un po' diversa. Nell'accordo interconfederale le parti collettive, egemoni nel sistema, hanno accettato come proprio, in via anticipata, l'accordo maggioritario, anche se, a livello aziendale, le loro terminazioni non lo dovessero condividere. Questo, nei fatti, come diceva Tosi, già risolve il problema, dal momento che non ci saranno posizioni di interesse del lavoratore tutelate eventualmente dal contratto collettivo che egli possa invocare, in quanto il sistema ha fatto propria questa scelta compiuta a livello decentrato. Non sarebbe stato allora necessario l'intervento dell'art. 8, l. n. 148/2011, che pure Mario apprezzava. Se l'intento del legislatore sia stato veramente quella di sostenere l'accordo interconfederale lo si sarebbe potuto apprezzare, perché l'accordo interconfederale rimane pur sempre un accordo tra privati. Ma sappiamo che non è stato questo il vero intento; come si è detto fino dall'inizio, l'art. 8 è stato invece un intervento a gamba tesa nel sistema delle relazioni industriali.

Ora, sia pur per brevi cenni, intendo esaminare tre punti relativi alla legittimità costituzionale dell'art. 8.

In primo luogo c'è da chiedersi se questa norma sia incostituzionale per violazione dell'art. 3, come ha detto Mario Rusciano ieri con grande chiarezza. A me non pare che si possa sostenere questa tesi, perché nel momento in cui il legislatore ha tolto alla legge la sua inderogabilità, le affida una funzione di tipo suppletivo e quindi ha ammesso che le parti possono determinare diversamente propri interessi. Il problema dell'eguaglianza andrebbe visto semmai con riferimento ai valori costituzionali, ai valori fondamentali, ma non tutta la normativa è riconducibile a questo livello.

In secondo luogo: sussiste incostituzionalità per violazione dell'art. 39 primo comma? Anche qui qualche cosa forse si do-

vrebbe dire, perché se il principio di derogabilità del contratto nazionale è già operante nel diritto vivente, perché dovrebbe essere illegittima la legge che lo confermi? La verità è che sarebbe incostituzionale se questa legge pretendesse di dire che l'accordo nazionale non possa recuperare, perché in questo caso sì, si avrebbe un'interferenza lesiva della libertà sindacale. Quanto all'intervento sul rapporto tra contratti collettivi, sarebbe giustificata, per esempio, una legge che fissasse un principio di gerarchia, perché già nell'art. 39 Cost., quando si dice che il contratto nazionale è legge per tutti, si prevede una subordinazione della contrattazione collettiva a livello aziendale rispetto alla contrattazione nazionale. Pertanto, se una legge, come nel pubblico impiego, affermasse questa cosa, io non mi sentirei di dire che possa avere problemi con l'art. 39.

Terza questione è se vi sia incostituzionalità per violazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. Qui direi con certezza di sì. Al riguardo, non mi sarei tanto dilungato, come ha fatto Leccese, a fare i conti con quella dottrina che in passato ha cercato di sostenere l'efficacia generalizzata delle pattuizioni collettive fatte su esplicito rinvio ad esse da parte della legge, ritenendo che essa non contrastasse con la seconda parte dell'art. 39. Qui non ci troviamo di fronte ad una legge che devolve alla contrattazione collettiva una funzione integrativa, di collaborazione, con la legge; qui ci troviamo proprio nell'area sicuramente occupata dalla seconda parte dell'art. 39, che è quella che vede il contratto collettivo come strumento di per sé dotato di una forza pari a quella della legge, pur se ad essa subordinata; insomma quel contratto collettivo con riferimento al quale la Corte costituzionale aveva avuto l'occasione di precisare che non godeva di una riserva di competenza rispetto alla legge. Quindi qui veramente il 39 è nei fatti richiamabile, perché, anche se è vero che storicamente era stato concepito con riferimento al contratto nazionale, esso contiene comunque l'unico schema che consente di legittimare la mortificazione della libertà dei singoli ad opera dell'autonomia collettiva. E quello schema va rispettato nella sua interezza. Non mi sentirei di dire neanche, come diceva Leccese, che il principio di maggioranza sarebbe rispettoso del 39. Si può sostenere che la gestione della regola della maggioranza non può essere lasciata ad un sistema integralmente gestito dalle stesse parti collettive; in verità ci vorrebbero garanzie. E poi, a ben vedere, l'art. 39 con-

tiene un altro elemento, che non è solo il principio di maggioranza, ma anche il principio di partecipazione al processo negoziale; insomma, accordi separati non sono contemplati dall'art. 39 perché esso prevede rappresentanze unitarie. Quindi si dovrebbe prendere in considerazione anche questo profilo. Ho concluso.

ADALBERTO PERULLI

La crisi come categoria del discorso e le aporie della nuova disciplina sui licenziamenti economici.

Il tema del rapporto tra “crisi” e diritto del lavoro, che è un modo di riflettere sui nessi tra economia e regolazione sociale, suggerisce molteplici suggestioni, non solo di ordine letterario. Io vorrei svolgere alcune considerazioni di carattere generale sul rapporto tra crisi e diritto del lavoro, riguardanti più il metodo di approccio al tema che l’approfondimento esegetico della normativa *de iure condendo*, o la riforma Fornero oggetto della brillante relazione di Maria Teresa Carinci. Il primo rilievo metodologico riguarda il fatto che il concetto o la nozione di crisi è innanzitutto una “categoria del discorso”. Come categoria del discorso e dell’interpretazione, la crisi abita il nostro linguaggio giuridico e mette in luce il potenziale interpretativo di una nozione che consente di agire come fattore di scoperta e focalizzazione di punti deboli o critici di un sistema che malfunziona e va, di conseguenza, modificato: in ciò possiamo ravvisare la funzione “euristica” della crisi. Tuttavia, come categoria del discorso, essa ha anche un forte potenziale di mistificazione, che si manifesta laddove la crisi, come categoria del discorso, diventa una sorta di dato accettato in modo acritico, una sorta di profezia che si autoconvalida e che configura una certa visione del futuro. Allora, quando si affronta il tema del rapporto tra crisi e diritto del lavoro, la prima precauzione metodologica dovrebbe essere quella di abbandonare ogni visione causalistica o scientifica, consistente nel considerare la crisi come un dato neutro ed oggettivo da cui discendono determinate conseguenze, apprezzandola invece come una categoria del discorso, onde, prima di interpretare le modificazioni del diritto positivo indotte dalla crisi, bisognerebbe analizzare criticamente il discorso sulla crisi e l’impiego (ideologico) che di tale discorso sulla crisi viene fatto in funzione della modificazione del diritto.

Ho trovato, a tal proposito, pregevoli riferimenti nella relazione di Vito Leccese sull'art. 8 della l. n. 148/2011, laddove egli ha posto giustamente l'accento, *in limine*, sugli evidenti nessi tra le più recenti scelte regolative di stampo neoliberalistico e la crisi economica finanziaria, intesa come "giustificazione" o come motore delle trasformazioni in atto. Quindi, se la crisi è una categoria del discorso, essa è certo gravida di conseguenze, ma tali conseguenze non sono affatto meccanicistiche, non rientrano affatto in una logica deterministica di causa ed effetto, ma attengono a una dimensione eminentemente *politica* (e di politica del diritto). E qui arrivo al secondo rilievo metodologico, che rinvia all'etimologia del termine crisi, messa bene in evidenza nella relazione di Enrico Gragnoli. Crisi (*Krisis*) viene infatti dal verbo *krino* che significa al contempo "separare" e "decidere". C'è quindi nella crisi una dimensione della separatezza, e quindi del superamento di un sistema verso un altro, ma anche una dimensione della decisione sul "che fare" di fronte alla crisi. Mi interessa questa dimensione della *decisione* sulla crisi, perché nei due interventi successivi alla relazione di Maria Teresa, sia quello di Maria Vittoria Ballestrero sia quello di Mario Napoli, v'è stata una forte enfasi sul fatto che le norme della riforma Fornero, di cui stiamo discutendo, potrebbero ancora essere modificate in una dimensione politica e decisionale. Se ad esempio il legislatore facesse tesoro delle indicazioni provenienti dall'analisi comparata, comprenderebbe la fallacia di ogni visione deterministica tra crisi, allentamento della disciplina giuslavoristica ed effetti, asseritamente benefici, sui livelli di disoccupazione. La realtà dimostra il contrario. Basti pensare, quanto alla disciplina del licenziamento, all'esperienza spagnola. La Spagna da oltre dieci anni ha adottato una risposta liberista introducendo un meccanismo di monetizzazione del licenziamento abusivo, il cosiddetto *despido improcedente*, con risultati di destrutturazione della disciplina, di precarizzazione dei rapporti di lavoro cui si accompagna una crescita esponenziale dei tassi di disoccupazione. Un modello di mercato del lavoro cui certo non si dovrebbe guardare come esempio virtuoso. Per contro la Germania, di fronte alla crisi, ha fornito risposte assolutamente diverse, consistenti nell'impiego di forti dosi di flessibilità funzionale-interna senza alcun cedimento nei confronti di quella in uscita. Quindi, piuttosto che liberalizzando la disciplina del licenziamento, la crisi andrebbe affrontata con un *mix* di flessibilità ora-

ria e funzionale capace di assorbire, per quanto possibile, le riduzioni di attività, oltreché con un impiego sapiente di ammortizzatori sociali, formazione e politiche attive del lavoro.

Vengo ora, brevemente, sulle questioni più tecniche relative alla riforma Fornero per mettere in evidenza la struttura aporetica della nuova disciplina sui licenziamenti, con particolare riferimento al licenziamento economico (per giustificato motivo oggettivo). La prima aporia consiste in ciò, che la norma pretende di separare la dimensione *materiale* del fatto dalla dimensione della valutazione *giuridica* del fatto: vale a dire il fatto nella sua natura economico-materiale e la valutazione del fatto inteso come giustificato motivo, cioè come fatto che viene apprezzato dall'ordinamento; e da questa pretesa distinzione ne fa discendere conseguenze differenziate in termini di effetti della fattispecie, ossia di rimedi per il licenziamento illegittimo. A me pare che questa distinzione tra fatto e valutazione giuridica del fatto sia un paradosso giuridicamente inconcepibile, perché il fatto non può rilevare ed essere apprezzato se non nella sua valutazione giuridica, onde non si può apprezzare un fatto nella sua materialità se non attraverso una valutazione giuridica del fatto; da ciò discende che la distinzione tra fatto materiale, la cui inesistenza comporta la reintegrazione, e fatto valutato come giustificato motivo, la cui mancanza comporta l'applicazione di sanzioni risarcitorie, rappresenta un non senso, un'aporia originaria non superabile interpretativamente.

La seconda aporia della disciplina consiste nel consegnare al giudice una facoltà discrezionale, non governata da nessun criterio o parametro di riferimento, relativamente alla scelta tra la reintegrazione o la tutela risarcitoria. Questa tecnica legislativa introduce nella disciplina del licenziamento un'indeterminatezza che affetta la stessa "razionalità teleologica" della norma, la quale dipende dalla decisione del giudice; e ciò non è possibile perché la norma deve avere una sua razionalità teleologica compiuta, a prescindere da quella che sarà la decisione del giudice nell'ambito dell'accertamento giudiziale delle ragioni poste a base del licenziamento.

Orbene, se a queste considerazioni si aggiungono le giuste considerazioni di Enrico Gragnoli, che bene ha messo in luce i limiti della riforma in punto di adozione di una prospettiva realmente universalistica della tutela reddituale, mi pare si possa con-

cludere affermando che l'attuale crisi economica, intesa quale categoria del discorso, sta producendo, nella sua traduzione in termini normativi (riforma Fornero), risultati contraddittori (disciplina del licenziamento economico) e deludenti (riforma degli ammortizzatori sociali), e non ha invece funzionato come fattore euristico di individuazione delle difficoltà del sistema in una prospettiva di un suo più razionale superamento.

ALESSANDRO GARILLI

Intervengo sull'art. 8 della l. n. 148/2001 e sulla brillante relazione di Leccese.

1. Sull'art. 8, nella relazione Leccese non ha affrontato, o meglio ha affrontato soltanto di striscio, il tema della finalizzazione del contratto collettivo aziendale. A me quest'aspetto della legge sembra molto importante perché inserisce una deviazione, una sorta di eterogenesi dei fini del contratto collettivo, stabilendo che l'accordo di prossimità (specie aziendale), affinché abbia efficacia *erga omnes* e potere derogatorio *in pejus*, non solo rispetto al contratto nazionale ma anche alla maggior parte della disciplina protettiva legale a tutela dei diritti dei lavoratori, debba essere finalizzato al raggiungimento di determinati obiettivi.

È diffusa tra alcuni colleghi l'idea che i vincoli di scopo siano così ampi e generali da non consentirne l'effettivo accertamento giudiziale e la conseguente sanzionabilità dell'accordo difforme. Personalmente ritengo che le finalità di cui al comma 1 dell'art. 8, l. n. 148/2011 — per quanto aventi uno spettro fin troppo ampio — non possano non costituire uno specifico limite normativo con funzione precettiva: nel meccanismo ideato dal legislatore, è il perseguimento di quegli obiettivi che giustifica sia l'estensione dell'efficacia del contratto di prossimità nei confronti di tutti lavoratori cui lo stesso si riferisce, sia la possibilità di derogare, vuoi alle disposizioni dei contratti collettivi nazionali di categoria, vuoi soprattutto alle disposizioni della legge. La questione del significato da attribuire alla cosiddetta “finalizzazione” va dunque posta e non può essere elusa.

Com'è noto, le intese devono essere indirizzate “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di

nuove attività”. Si tratta di ipotesi che in parte riproducono le finalità già individuate dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (gestione di situazioni di crisi o presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale), cui adesso vengono accostati nuovi obiettivi (si pensi all’emersione del lavoro irregolare o all’adozione di forme partecipative), in grado di intersecarsi tra loro, rendendo più complicata l’operazione di verifica della loro concreta sussistenza.

Tutto ciò, a mio avviso, depone nel senso di una forma di funzionalizzazione della contrattazione collettiva, indirizzata verso il perseguimento di interessi di carattere generale e non più solo collettivo, secondo la più classica ricostruzione del fenomeno sindacale proposta da F. Santoro Passarelli. In sostanza, il contratto collettivo viene piegato a fini ulteriori e diversi da quelli che tradizionalmente gli appartengono e potrà veicolare la sua funzione normativa — adesso sovraccaricata di capacità derogatorie — anche nei confronti di soggetti non iscritti al sindacato e dunque non direttamente rappresentati dallo stesso.

Qui ci troviamo di fronte a una caratteristica inquietante, perché nel settore del lavoro privato non vi sono dei veri e propri precedenti sulla funzionalizzazione del contratto collettivo. Certamente tali non sono i tradizionali casi di contrattazione delegata, perché le tecniche di “deregolazione controllata” presuppongono che il contratto collettivo compia un’attività di integrazione, sostituzione o modifica di una fattispecie legale di per sé autosufficiente, per effetto di un “rinvio proprio” operato dalla legge stessa alla fonte collettiva. In casi del genere non v’è dunque alcun vincolo di scopo che necessiti di essere controllato o che possa condizionare l’efficacia del contratto collettivo, in quanto quest’ultimo può intervenire solo entro il perimetro di un precetto normativo già definito a monte nei contenuti e nel fine. Ma non siamo neppure in presenza di un’ipotesi di “rinvio improprio”, perché la legge predetermina in modo eteronomo gli scopi della contrattazione collettiva di prossimità, sottraendone la disponibilità all’autonomia privata.

In effetti, gli unici precedenti su una possibile funzionalizzazione del contratto collettivo si ritrovano nell’ambito del settore pubblico. È nota la posizione di quell’autorevole dottrina secondo cui la contrattazione collettiva del settore pubblico — anche quella di comparto — potrebbe dirsi effettivamente funzionaliz-

zata in ragione delle direttive fondamentali stabilite dall'art. 97 Cost. e dei principi generali contenuti nella prima parte del d.lgs. n. 165/2001, che traducono più dettagliatamente le finalità di efficienza, efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa. Si tratta di una ricostruzione che ha suscitato dei dubbi, ma che oggi può ritenersi fondata, quantomeno per la contrattazione integrativa, atteso che l'art. 54 del d.lgs. n. 150/2009 (cioè l'art. 40, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 165/2001), stabilisce che il contratto integrativo deve assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità delle *performances*. Per il settore pubblico, dunque, si può anche discutere di funzionalizzazione del contratto collettivo, ma non si può trascurare che si tratta di un segmento del sistema sindacale del tutto peculiare, in cui l'eterogenesi delle finalità attribuite all'autonomia collettiva, così come la possibilità di ammetterne un controllo di congruità dei suoi contenuti sotto il profilo funzionale, può essere giustificata dalla necessità della p.a. di perseguire interessi pubblici generali.

2. Altro problema, riconducibile al potere di deroga *in pejus* dei contratti di prossimità, attiene alla possibile moltiplicazione delle discipline regolative dei rapporti di lavoro e alla conseguente diversificazione dei livelli di tutela in ragione della realtà aziendale o del territorio di riferimento. La frammentazione dei trattamenti normativi che potrà derivare da un utilizzo diffuso dell'art. 8, l. n. 141/2011, solleva la questione dell'eventuale violazione della disciplina della concorrenza stabilita a livello sovranazionale dall'Unione Europea. Nel più noto precedente di riferimento — il caso *Albany* — la Corte di Giustizia ha esentato gli accordi collettivi sottoscritti tra organizzazioni rappresentative di datori di lavoro e dei lavoratori dall'ambito di applicazione degli artt. 81 ss. del Trattato UE (ora artt. 101 ss. TFUE). Tale deroga è stata riconosciuta facendo perno sulla funzione solidaristica connaturata all'attività di contrattazione collettiva e al suo tradizionale ruolo di strumento volto a perseguire obiettivi di politica sociale, quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, lo sviluppo delle risorse umane, la lotta contro l'esclusione e l'emarginazione sociale. Alla base della deroga, fondata sul consueto bilanciamento tra valori fondamentali, viene tuttavia posto il carattere rappresentativo degli attori sindacali coinvolti nel processo di contratta-

zione. Per giustificare una possibile restrizione della concorrenza si richiede cioè una capacità rappresentativa ampia e riferibile a un fascio di interessi che trascendano la dimensione atomistica o microaziendale, secondo quella stessa linea interpretativa già elaborata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 334/1988, che valorizza il ruolo delle grandi centrali confederali facendo leva sulla consolidata azione solidaristica che è propria del modello intercategoriale. Azione che nell'ordinamento interno si è sviluppata soprattutto con la concertazione sociale, in cui la funzionalizzazione delle intese e il perseguimento di interessi generali viene consacrato attraverso forme di scambio politico con i sindacati confederali che giustificano la diversa funzione (rispetto a quella tipica) del contratto collettivo.

Nel caso dell'art. 8, l. n. 148/2011, si può certamente dubitare che il legislatore abbia preso a modello questo concetto di rappresentatività, specialmente se si prenda in considerazione il livello di contrattazione territoriale, privo di criteri di riferimento affidabili, o, se si guardi ai criteri di legittimazione delle controparti datoriali, per le quali la soglia di rappresentatività non è neppure menzionata. In ogni caso, penso che la lettura più ragionevole sia quella secondo cui il contratto territoriale debba comunque passare al vaglio delle rappresentanze sindacali operanti in azienda per potere essere poi applicato sui singoli luoghi di lavoro, e ciò perché la disposizione stabilisce che le intese possano produrre i loro particolari effetti a “condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”. Un passaggio aziendale mi sembra dunque indispensabile, quantomeno per rafforzare la verifica di rappresentatività rispetto alla base dei lavoratori coinvolti.

3. Di fronte a tali incertezze, ritengo, *a fortiori*, che non sia possibile rinunciare a un controllo sulle finalità che deve perseguire il contratto collettivo di prossimità. Naturalmente, tale attività di controllo dovrà essere condotta alla luce dell'art. 3 Cost., operando quindi una valutazione non solo sull'esistenza, ma anche sulla ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità delle deroghe apportate alla disciplina giuslavoristica (nell'ampio catalogo delle materie indicate al comma 2), rispetto alle finalità che si è dichiarato di perseguire. Per esempio, non credo sia possibile introdurre una modifica peggiorativa alla disciplina dei licenziamenti disci-

plinari e al pedissequo regime sanzionatorio, giustificandone o ricollegandone l'applicazione a una delle finalità socio/economiche indicate dal legislatore: è veramente arduo ipotizzare un relazione funzionale tra una modifica del genere e la risoluzione di una crisi occupazionale, l'incremento della produttività, l'emersione del lavoro irregolare, etc. A meno di non voler abbandonare il criterio di coerenza su cui si è finora basato il *balancing test* nella valutazione tra interessi contrapposti, si dovrà ritenere che un intervento sui licenziamenti possa riguardare principalmente, se non esclusivamente, quelli economici, ed anche qui le scelte andranno ponderate e valutate attraverso il controllo di razionalità. È ovvio però che, tanto più penetrante risulterà il controllo ad opera del giudice, quanto più elevato sarà il rischio che quest'ultimo finisca per sindacare indirettamente anche merito delle scelte datoriali, con buona pace del principio — invero mai rispettato fino in fondo — per cui l'accertamento giudiziale non può entrare nel merito delle valutazioni organizzative o tecniche del datore di lavoro (art. 30, comma 1, l. n. 183/2010 come modificato dalla l. n. 92/2012). Il risultato, frutto di un *trend* legislativo che si appresta ad essere ulteriormente consolidato nella Riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero, è quello di sovraccaricare la responsabilità della magistratura, affidando alla valutazione personale e discrezionale di ciascun giudice il delicatissimo compito di manovrare l'articolazione di tratti cruciali della disciplina giuslavoristica e di controllare i punti di equilibrio della sua derogabilità *in pejus*. Il rischio, denunciato da più parti, è quello di affidarsi al soggettivismo più aperto, oggi esaltato dall'ambiguo sistema sanzionatorio previsto dalla l. n. 92/2012 per il licenziamento individuale illegittimo. Così, per ritornare all'art. 8, vi potranno essere giudici più interventisti e rigorosi nel censurare le intese ritenute non rispettose delle finalità individuate dal legislatore, e giudici per così dire astensionisti, che arretreranno di fronte a vicende considerate come tipiche espressioni del conflitto intersindacale e già esaurite dalla mediazione svolta tra le parti al suo interno.

4. Problemi ulteriori si pongono quando entriamo nelle materie oggetto di deroga. Si è detto che l'art. 8 della l. n. 148/2011 contiene in sé una forte carica destrutturante, perché in grado di far saltare la funzione protettiva uniforme della legge, così come desumibile già dall'art. 35 Cost. Diversi profili di criticità, tutta-

via, si pongono anche con riferimento ai rapporti tra contratti collettivi. È vero che una parte della giurisprudenza della Corte di cassazione è solita risolvere la questione del concorso/conflicto tra livelli negoziali all'insegna della libertà dell'autonomia collettiva di apportare modificazioni, anche di segno peggiorativo, alle discipline regolate a livello superiore. Tuttavia, è noto che le parti sociali, nei diversi accordi interconfederali susseguitisi dal 1993 ad oggi, hanno indirizzato i propri sforzi verso la costruzione di un sistema sindacale in cui l'assetto delle relazioni contrattuali risulta ordinato e orientato alla prevenzione dei conflitti di regolazione. Adesso la disciplina dei contratti di prossimità mette in crisi la tenuta di questo assetto, perché di fatto può sovvertire le regole procedimentali e i rapporti fra livelli, per di più attribuendo a prodotti dell'autonomia collettiva confezionati a livello aziendale o territoriale efficacia *erga omnes*, anche in deroga ai contenuti del CCNL. La questione diventa peraltro più complessa se si entra nello specifico delle materie che possono costituire oggetto di intervento. Nella versione originaria della disposizione — quella di cui al d.l. n. 138/2011 — si riteneva che l'elencazione delle materie fosse esemplificativa. La versione definitiva circoscrive l'oggetto delle specifiche intese “con riferimento” ad un ampio catalogo di sottomaterie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione. L'aggiunta di questo inciso, unita alla necessità di leggere la disposizione in chiave restrittiva (stante la sua funzione dismissiva di diritti derivanti da norme inderogabili) induce a ritenere che l'elenco sia tassativo. La possibilità di fornire un'interpretazione effettivamente circoscritta delle materie, tuttavia, risulta in qualche modo nuovamente compromessa dalla voluta imprecisione del legislatore nell'utilizzo delle categorie definitorie: il riferimento alle “modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro” appare infatti come una formula di chiusura a carattere onnicomprensivo, idonea a ricomprendere al suo interno sia gli istituti espressamente individuati in precedenza (mansioni, orari di lavoro, ecc.), sia ogni altro aspetto relativo alla regolazione del rapporto individuale di lavoro e del trattamento economico e normativo. E qui, forse, si potrebbe anche prospettare un intervento in deroga che snaturi i corpi di disciplina ordinariamente riconducibili ad un determinato schema contrattuale di lavoro, fino a lambire il principio dell'indisponibilità del tipo. Beninteso, ciò non significa che attraverso l'utilizzo della contrattazione di pros-

simità sia stato affidato all'autonomia collettiva anche il potere di qualificare un contratto di lavoro in modo difforme dalla connotazione tipologica che si manifesta nell'ambito del dispiegamento del rapporto nella realtà effettuale. L'art. 8, infatti, per un verso fa salvi i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, per l'altro consente le deroghe nel rispetto dei principi costituzionali, tra cui rientra anche quello di indisponibilità del tipo, fissato con la sentenza n. 121/1993 della Consulta. L'erosione dell'indisponibilità tipologica può però verificarsi indirettamente, attraverso la sottrazione più o meno ampia di fasci di discipline inderogabili che, anche se non decisive ai fini delle operazioni di qualificazione della fattispecie, rivestono un rilievo caratterizzante ai fini della connotazione dello schema negoziale prescelto. D'altra parte, i nessi tra l'indisponibilità del tipo e l'inderogabilità dello statuto protettivo della subordinazione sono fortemente compenetrati, perché è chiaro che l'indisponibilità del tipo non nasce in funzione astratta, ma ha lo scopo di assicurare, attraverso l'inderogabilità dei diritti e delle garanzie costituzionali, la tenuta riequilibratrice della disciplina di protezione del lavoro subordinato.

Tra le materie oggetto di intervento non figura la retribuzione, quindi la deroga non potrebbe riguardare i minimi tabellari della contrattazione collettiva di categoria, peraltro finora utilizzati dalla giurisprudenza come parametro di riferimento cui ancorare la determinazione della giusta retribuzione, secondo il limite costituzionale dell'art. 36. Anche in questo caso, però, si potrebbero configurare interventi della contrattazione di prossimità che incidano sul trattamento economico, quantomeno indirettamente. Si pensi a una modifica sul sistema delle classificazioni e degli inquadramenti professionali, che certamente avrebbe ripercussioni sulla retribuzione. Qui si potrebbe obiettare che in fondo la valutazione sui contenuti professionali delle mansioni è materia che è già stata delegificata ed affidata alla contrattazione collettiva — ad es. nel pubblico impiego — laddove la valutazione sull'equivalenza è sostanzialmente rimessa agli attori sindacali. Tuttavia, anche nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle p.a., il governo della mobilità orizzontale non è pienamente discrezionale, atteso che l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 circoscrive gli spazi del giudizio di equivalenza con riferimento all'area di inquadramento, presupponendo pertanto un'attività di controllo dell'effettiva omoge-

neità tecnico/professionale dei compiti cui il lavoratore venga di volta in volta adibito nell'area di riferimento. In altri termini, l'art. 52, non è una norma in bianco e dunque non consente a livelli inferiori come quello aziendale di potere derogare totalmente al principio di equivalenza; c'è una cornice ben precisa, che è rimessa a un sistema di classificazione stabilito dal contratto collettivo del comparto, quindi è un'ipotesi assai diversa rispetto a quella dell'art. 8 che consente la disaggregazione e la frammentazione di mansioni e qualifiche in diversi microsistemi.

Anche il mio intervento sarà dedicato alla relazione di ieri del Professor Leccese e sarà un intervento di taglio eminentemente pratico. A circa un anno dall'accordo interconfederale del 28 giugno e dal successivo art. 8, l'analisi dei profili fondamentali di carattere giuridico di tali due interventi è ancora principalmente affidata a valutazioni e commenti di carattere dottrinale. L'“*entrata a gamba tesa*” del governo Berlusconi, a quanto mi risulta, è stata formalmente sterilizzata dalla contrarietà delle principali organizzazioni sindacali, per lo più dichiaratesi indisponibili a sottoscrivere accordi *ex art. 8*. Non di meno, come ha chiaramente evidenziato la relazione del Professor Leccese, le spinte al dinamismo evolutivo sono visibili e assolutamente pressanti, soprattutto in tempo di crisi, e sono rivolte a un adattamento a livello aziendale delle condizioni di lavoro. Tali spinte, come ha osservato il Professor Del Punta in un recente intervento su “*Lavoro e Diritto*”, costituiscono un passaggio sofferto, ma ineludibile, nell'articolazione della resistenza alla globalizzazione (1). Nel preparare questo breve intervento, quindi, mi sono chiesto se tali spinte, rivolte appunto a una contrattazione decentrata maggiormente flessibile, siano rimaste inevase e temporaneamente insoddisfatte, alla luce della contrarietà sindacale rispetto all'art. 8, o abbiano trovato invece delle strade alternative per giungere, a livello pratico, ai medesimi risultati, vale a dire un consistente adattamento a livello aziendale delle regole applicabili al rapporto di lavoro. Ho allora effettuato numerosi colloqui con operatori pratici del diritto sindacale del panorama milanese e lombardo. Da questi colloqui è emerso come la contrattazione decentrata ai tempi della crisi abbia, in un numero significativo di casi, percorso delle strade paral-

(1) R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Law. dir.*, 2012, 37.

lele rispetto a quelle previste dall'art. 8 per giungere però a risultati pratici sostanzialmente analoghi, vale a dire la deroga non solo ai CCNL ma anche ad alcune rilevanti norme di legge. Nel confermare la sostanziale assenza di accordi conclusi sotto l'egida dell'art. 8, ognuno di questi operatori pratici del diritto sindacale (sindacalisti e responsabili di uffici vertenze di organizzazioni sindacali, funzionari di associazioni datoriali, consulenti del lavoro, avvocati giuslavoristi, dirigenti d'impresa) mi ha confermato l'esistenza di una serie di accordi che, curandosi bene di non menzionare in alcun modo il suddetto art. 8 in omaggio alle richieste di parte sindacale, intervengono in senso peggiorativo rispetto a trattamenti previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro o dalla legge. Chiaramente, tutte queste "rivelazioni" mi sono state fatte sotto garanzia dell'anonimato e della mancata divulgazione degli elementi idonei ad individuare il caso di specie. Vorrei citare solo due esempi di accordi che mi risultano sottoscritti, almeno a livello milanese e lombardo, con una certa frequenza. Un primo caso riguarda accordi che, in caso di trasferimento di rami d'azienda e in assenza di una situazione di crisi conclamata, stabiliscono esplicitamente l'esclusione dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c.; a tale esclusione si aggiunge la previsione delle dimissioni dei lavoratori dall'azienda cedente e la loro contestuale riassunzione presso l'azienda cessionaria con trattamento economico e normativo significativamente e definitivamente modificato rispetto alle condizioni precedenti. Ed ancora, un secondo esempio è costituito dagli "accordi di migrazione", con passaggio, per i lavoratori dell'azienda, dall'applicazione di un contratto collettivo all'applicazione di altro e diverso contratto collettivo: spesso si tratta del passaggio da un contratto collettivo del settore industriale al contratto collettivo del settore commercio, chiaramente molto più flessibile. Con l'accordo sindacale si cerca di superare la problematica questione giuridica legata all'indicazione nella lettera di assunzione del singolo lavoratore dell'esplicito riferimento al contratto collettivo di uno specifico settore. In assenza di una cornice di regole della contrattazione chiare e definite e di fronte alla palese contrarietà ad indicare all'interno degli accordi il riferimento all'art. 8, in questi casi la firma sindacale non ha tanto una valenza giuridica, ma funge piuttosto da copertura di carattere politico-sindacale rispetto all'accordo stesso, tanto è vero che la tenuta giuridica dell'accordo

è affidata ad una serie di conciliazioni individuali tali da tacitare ogni futura pretesa dei lavoratori. Mi è stato anche segnalato che nelle prime bozze di tali accordi molte volte l'art. 8 compariva, ma in sede di stesura finale viene detto, senza mezzi termini, « *lo firmiamo, ma togliamo ogni riferimento all'articolo 8* ». Bene, di fronte a questo scenario, mi sono quindi domandato se tale multiforme fenomenologia di accordi possa essere derubricata, come viene fatto talora da parte sindacale, come ipotesi eccezionale per far fronte a casi particolari, insuscettibile di assurgere a regola generale, o rappresenti qualcos'altro. A mio avviso, la frequenza con cui questi accordi sembra ricorrere nella prassi sindacale è tale da assurgere a una vera e propria contrattazione parallela, che sostanzialmente prescinde dai limiti previsti dall'accordo interconfederale del 28 giugno e non si avvale, per le ragioni suddette di contrarietà politico-sindacale, dell'art. 8. È indubbio che tale contrattazione "*carsica*" consente, in molte situazioni, una regolazione dei singoli casi al riparo da elementi di forte conflittualità, ma al contempo bisogna ammettere che proprio tale prassi rappresenta l'ennesimo rinvio del tentativo di disciplinare con regole giuridicamente vincolanti le relazioni sindacali e l'efficacia giuridica dei relativi accordi. Sulla scorta di quanto osservato dal Professor Leccese nella sua relazione, mi sono quindi domandato se non si finisca, con tale prassi, per perpetuare le consuete istanze di autoregolazione del sistema contrattuale fatte proprie dalle principali organizzazioni sindacali, e non si finisca altresì per salvaguardare soprattutto quegli elementi di ritualità caratteristici delle trattative sindacali italiane, per cui alcuni principi, tra cui l'inderogabilità della norma di legge lavoristica, non possono formalmente ed esplicitamente essere messi in discussione a livello generale, ma vengono poi sostanzialmente e concretamente derogati nel singolo caso di specie. Insomma, da un'analisi pratica, mi sembra che si possa affermare che le deroghe si fanno, ma non si dicono. Resta da domandarsi, a questo punto, se nel sistema sindacale italiano continuerà a prevalere, come sostanzialmente è avvenuto fino ad oggi e come sembrano testimoniare gli accordi a cui si è ora fatto cenno, l'illusione che il sistema contrattuale possa essere continuamente in grado di trovare sempre nuovi equilibri da gestire e orchestrare a livello puramente politico sindacale, o se, invece, l'applicazione effettiva delle regole in materia di contrattazione collettiva aziendale fissate dall'ambizioso accordo in-

terconfederale del 28 giugno sarà finalmente in grado di avviare il sistema sindacale italiano sulla strada della regolazione, anche giuridica e non puramente politico-sindacale, dell'attività contrattuale collettiva. Se, come è chiaramente auspicabile, dovesse prevalere questo secondo orientamento, è possibile sperare in un salto di qualità, questa volta in senso positivo (rispetto a quanto avvenuto con l'art. 8), del sistema sindacale nel nostro Paese.

SILVANA SCIARRA

Anch'io recupero alcune osservazioni che avrei voluto proporre ieri, dopo la relazione del Professor Leccese e le collego alla presentazione della Professoressa Carinci di stamattina. Per il poco tempo disponibile mi soffermo solo su alcuni punti, quindi non entro nel merito di altri aspetti più tecnici, toccati, ad esempio, da Maria Vittoria Ballestrero e da Mario Napoli, con osservazioni che condivido. Esprimo un ringraziamento al *panel* di oggi per aver contestualizzato il dibattito italiano in un quadro ineludibile di riferimenti comparati ed europei, ma soprattutto per aver argomentato in modo vivo, non distruttivo ma critico e propositivo, così da soddisfare, spero, le esigenze ieri manifestate dal professor Rusciano che, con toni preoccupati e forse un po' nostalgici, invitava tutti noi a essere portatori di idee.

Il diritto del lavoro nel tempo della crisi chiede che la dottrina si confronti con dati concreti e la Professoressa Carinci lo fa, quando segnala, per esempio, che la segmentazione del mercato del lavoro è un elemento fra i più importanti all'origine degli squilibri occupazionali. Ricordo che, fin dal 2003, questo dato fu messo a fuoco da un autorevole gruppo di esperti nominato dalla Commissione europea, guidato da Wim Kok. Il rapporto finale, intitolato "*Jobs, jobs, jobs*", rilevava che le misure di contrasto alla crisi devono essere sempre più ritagliate su livelli nazionali, talvolta anche su livelli subnazionali — tornerò su questo dopo — e devono incontrare le esigenze di talune realtà geografiche e economiche, specialmente nel tentativo di avvicinare il sapere al mondo del lavoro e di formulare continuamente piani di riqualificazione per i lavoratori. Nulla di efficace è accaduto e questo spiega la disaffezione dei cittadini europei, generata dal ritardo e dal silenzio dell'Europa su questi temi.

Una domanda che avrei posto ieri al professor Leccese, e che pongo ora, riguarda l'utilità per il giurista del lavoro che affronta i temi legati alla crisi di raccogliere dati empirici, se possibile an-

che comparati, come già ricordato dal Professor Perulli, per far sì che l'Italia superi talune anomalie e si confronti con tendenze comuni a altri paesi. Potrebbe essere utile, ad esempio, sapere quanto e in che settori sono state utilizzate le 'clausole di uscita' dai contratti nazionali, con finalità anticrisi. Una recente e interessante ricerca comparata, cui ha collaborato con altri il collega Faioli, rivela, tra l'altro, quanto e come le parti sociali hanno potuto beneficiare della defiscalizzazione su voci aggiuntive della retribuzione legate ad aumenti di produttività, misura riproposta, in modo meno incisivo del passato, dal governo Monti pochi giorni fa. Una domanda collegata riguarda la contrattazione territoriale come sede in cui individuare soluzioni per la crisi dei mercati del lavoro locali, anche attraverso forme di sostegno alle piccole e medie imprese.

Evocare la concertazione in tempi di crisi, come fa appassionatamente il Professor Rusciano, non senza toni di rimpianto per il passato, non è facile. La concertazione dei primi anni Novanta fu guidata da una classe politica europeista molto colta, che tradusse le emergenze in scelte pragmatiche, senza dimenticare di fornire linee guida e orientamenti per l'andamento delle politiche salariali. In quell'occasione le parti sociali italiane mostrarono autonomia e senso delle istituzioni, con atteggiamenti lungimiranti.

Il diritto del lavoro della crisi deve ora prendere atto dell'instabilità dei sistemi di contrattazione collettiva, non solo in Italia, e riversare, se necessario, giudizi critici sui livelli nazionali di contrattazione collettiva, poiché non sempre il contratto collettivo nazionale è in grado di rispondere da solo alle attese dei lavoratori colpiti dalla crisi. Ma il modello concertativo degli anni Novanta non può essere riproposto anche per altre ragioni, legate alla forte pressione dei mercati globali e della finanza, che oggi stravolge gli equilibri nazionali sia nelle sedi di confronto bilaterale, sia in quelle allargate della concertazione e dei patti sociali.

Nel guardare criticamente l'andamento della contrattazione collettiva, la Professoressa Carinci ci ricorda la ormai obsoleta disciplina delle mansioni, nonostante la conservazione del posto di lavoro dipenda, molto spesso, dalla rapidità di adeguamento delle professionalità alle nuove richieste legate ai mutamenti tecnologici o a differenziazioni nei processi produttivi, necessitate dalla crisi. Le ristrutturazioni aziendali spesso si muovono su questa esigenza di anticipare il cambiamento e di proporre professionalità ade-

guate alle trasformazioni attese. Perfino i sistemi nordici, molto solidi nelle tradizioni sindacali, risentono ora di un calo nei tassi di sindacalizzazione.

Questo dato fa riflettere circa la tenuta di sistemi volontari di contrattazione collettiva in Paesi, fra cui si possono citare l'Italia e la Svezia, in cui non ci sono leggi sul salario minimo. Alcune settimane fa, in modo inusitato, la Commissione europea ha invitato gli Stati membri, nonostante il TFUE preveda l'esclusione della competenza in materia di retribuzione, ad aprire il capitolo delle politiche salariali, a intervenire sulle stesse, poiché esse possono essere utilizzate nel contrasto alla crisi, non fosse altro che per prevenire una tendenza pericolosa, già in atto in Europa, verso la competizione tra sistemi nazionali di contrattazione collettiva, nei contenuti sia salariali sia normativi.

Nel marzo 2011, quando è stato adottato il 'Patto Europlus', il Consiglio europeo, in un allegato che a volte si dimentica di guardare, ha chiesto espressamente alle parti sociali di intervenire sulla contrattazione decentrata legata agli aumenti di produttività. Questa scelta è apparsa a molti sindacati un'espressione di invadenza eccessiva, nonché un rischio di attacco all'autonomia dei sistemi nazionali di contrattazione collettiva. Tuttavia, si deve prendere atto del fatto che la contrattazione collettiva che ha ritenuto di contrastare la crisi intervenendo solo sulla diminuzione di orari e salari si è dovuta misurare con un calo di competitività del sistema nel suo complesso, perché il ricorso alla flessibilità interna, consistente nella riduzione degli orari di lavoro, riduce i livelli di produttività e dunque di competitività. Il sistema tedesco presenta esempi importanti di combinazione delle misure di flessibilità, poiché affronta non solo quella basata sulla flessibilità oraria interna, ma la colloca in un quadro variegato di risposte alla crisi, in cui si usa sapientemente la contrattazione decentrata.

Nel commentare in maniera così precisa e autorevole — e qui esprimo i miei complimenti al Professor Leccese — le anomalie indotte nell'ordinamento dall'art. 8, il relatore ha allertato le nostre coscienze, oltre che la nostra responsabilità di interpreti e commentatori. Mi chiedo se, andando oltre questo pesante intervento eteronomo, sia dato creare un posto 'sicuro' per la contrattazione territoriale di 'prossimità', ovvero proporre, come pare stia già accadendo nella pratica, una sede di contrattazione gestita consapevolmente dalle parti sociali. Su questo punto credo

che si debba forse intervenire e riflettere ancora, se possibile scavalcando e sfidando l'art. 8. La Professoressa Carinci ha fatto un riferimento, che condivido, alla materia degli orari e delle mansioni, materia che ben potrebbe essere riversata in una contrattazione territoriale, secondo nuovi schemi consensuali da sperimentare.

Nell'ambito di una rilettura dei programmi di coesione territoriale, la Commissione europea propone di stipulare patti o accordi di partenariato a livello subnazionale, oltre che nazionale, finanziati dai fondi strutturali. Anche il Presidente del Consiglio Monti ha fatto riferimento ai fondi strutturali non spesi per il 2013, da utilizzare in programmi specifici, nei luoghi in cui più viva è l'esigenza del sostegno finanziario, per alleviare situazioni di grande disagio sociale. Queste iniziative, portate avanti prevalentemente dal Ministro Barca, precedono il complesso dibattito istituzionale sulla riforma del bilancio europeo, per gli anni 2014-2020. I fondi strutturali dovrebbero anche servire in futuro a sostenere, in modo sempre più circoscritto e selettivo, misure di sostegno all'occupazione, nel quadro generale delle politiche di *flexi-curivity*.

Le aperture a patti territoriali, peraltro già presenti nella tradizione europea, promossi soprattutto dal Comitato delle Regioni, sono interessanti perché segnalano la volontà di intraprendere una strada più complessa e più formalizzata rispetto a precedenti esperienze di concertazione e lasciano emergere l'intenzione di valorizzare mercati del lavoro locali, sedi di una contrattazione trilaterale con soggetti pubblici, in grado di monitorare l'utilizzo corretto e efficiente dei fondi.

Questi temi emergono nel dibattito italiano, su un terreno diverso e ancora sperimentale, non privo di originalità. Si studiano con crescente interesse i contratti di rete, diffusi soprattutto in alcune regioni italiane. Io stessa coordino un gruppo di ricerca che si propone di studiare i principali contratti della regione Toscana. Quel modello di accordo tra imprese si cala prepotentemente nei mercati locali, per fronteggiare la crisi, tentare soluzioni efficienti di coordinamento di alcuni servizi e aggredire i mercati esterni con più forza.

Il diritto del lavoro potrebbe imparare a inseguire quel modello, facendo rete, ad esempio, per quanto attiene alle modulazioni delle tutele e delle politiche salariali. I *cluster* di imprese, le

catene produttive e di valore potrebbero accogliere le molteplici espressioni del diritto del lavoro nella crisi e includere in questi contesti i soggetti economicamente dipendenti, i sub fornitori e quanti contribuiscono a far crescere i mercati territoriali. Includere, in questo caso, significa creare standard diffusi di tutela e dare responsabilità alle imprese capo-fila nelle catene produttive, come nelle reti, secondo un modello che rispetti i diritti fondamentali e crei soluzioni organizzative condivise. Cito, ad esempio, il tema della mobilità dei lavoratori fra imprese della rete, in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; cito anche la formazione professionale, che, come giustamente ricordato dal Professor Napoli, dovrebbe essere finalizzata alla riqualificazione come contrasto alla perdita di posti di lavoro desueti.

Mi auguro che questi pochi suggerimenti servano a soddisfare il giusto invito che ci veniva dal Professor Rusciano. A me sembra che sia utile ricondurre il dibattito scientifico al tema di questo convegno, se possibile convogliando l'analisi storica, che lo stesso Professor Rusciano propone, verso l'urgenza del presente. I relatori in questo convegno si sono confrontati in modo mirabile con la vastità del terreno da arare. È molto consolante sentire che la dottrina italiana abbia cose così interessante da dire.

LUIGI DE ANGELIS

Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo.

Il vero e proprio tormento cui sono state sottoposte da anni a questa parte le regole processuali, la cui stabilità pure dovrebbe assicurare che la partita sull'esistenza o meno dei diritti si possa svolgere con ragionevole certezza, sembra dover continuare, questa volta nell'ambito ristretto delle controversie in materia di tutela reale del posto di lavoro; una tutela che, così definita già con un grado d'approssimazione tale da far dire tanti anni fa di tutela reale *immaginaria*, con le modifiche che si stanno prefigurando è in larghissima parte tutela obbligatoria.

Premesso che il tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dalla riforma in argomento non ha nulla a che vedere con la materia processuale — si tratta infatti della proceduralizzazione *in parte qua* del potere del datore di lavoro, come è stato per l'art. 7 st. lav., con nessuna valenza processuale se non ai fini delle spese del successivo giudizio — vorrei sottolineare due peculiarità del mutamento delle regole strettamente giudiziali che si profila: innanzitutto, il diffuso consenso della politica e della stessa dottrina di diritto del lavoro al riguardo, pure largamente e variamente critica sulle modifiche sostanziali dell'art. 18. Molti dei guasti prodotti da questa disposizione sono infatti da più voci ricondotti al cattivo funzionamento del processo, e per questo coerentemente si plaude a misure che lo rendano — o dovrebbero renderlo — più rapido.

Una seconda peculiarità è data dal fatto che l'uso del delicatissimo strumento — delicatissimo perché ha dietro l'angolo l'ingiustizia — della differenziazione della tutela, nella specie di secondo grado in quanto differenzia nel differenziato, è stato pensato non tanto in ragione della natura (ad es., non patrimoniale) dei diritti azionati o del riequilibrio di differenti posizioni di forza, quanto per ovviare alla pesantezza delle conseguenze della crisi

del processo sul datore di lavoro in caso di pronuncia caducatoria del licenziamento, soprattutto nei gradi successivi al primo. Conseguenze — è questo un dato contraddittorio — che il restringimento della tutela reale operato dalla riforma dovrebbe eliminare o appunto restringere al fine di non scoraggiare gli investimenti in particolare dall'estero e di aumentare così le opportunità di lavoro.

Già in passato si era pensato a qualcosa di simile. Infatti, nel c.d. progetto Foglia si era previsto, con riguardo alle controversie in tema di licenziamenti, individuali e collettivi, assistiti dalla tutela reale (ma anche di altre materie quali trasferimenti individuali, trasferimenti d'azienda e contratti a termine), un procedimento in contraddittorio a cognizione libera avanti il tribunale in funzione di giudice del lavoro (ferma restando la possibilità di ricorso alle regole ordinarie) destinato a concludersi con ordinanza reclamabile avanti il collegio e tendente ad avere la forza del giudicato, e la cui trattazione avrebbe dovuto essere fatta con priorità con la sola eccezione dei procedimenti cautelari e di quelli *ex art. 28 della l. n. 300/1970*. I capi degli uffici dovevano assicurare ciò anche con misure organizzative. Un procedimento ed una *corsia preferenziale* siffatti li si ritrovano appunto anche nel disegno di legge Fornero.

Ho altrove formulato i miei rilievi critici al riguardo, ai quali, *mutatis mutandis*, qui mi richiamo.

Mi preme ora, invece, porre in evidenza un aspetto, e cioè come secondo l'art. 17, comma 1, del disegno di legge di cui si discute non possano essere proposte con il rito in questione domande diverse da quelle volte ad ottenere l'applicazione dell'art. 18 cit., ad eccezione delle domande fondate su *identità di fatti costitutivi*.

Ebbene, chi abbia un po' d'esperienza di giustizia del lavoro sa bene che anche le domande in materia di licenziamento in cui s'invoca l'applicazione dell'art. 18 siano molto frequentemente proposte in cumulo con altre, a cominciare, ad esempio, da quella subordinata di pagamento del trattamento di fine rapporto o dell'indennità sostitutiva del preavviso, che richiedono fatti costitutivi almeno in parte diversi. E non penso siano tante le domande i cui fatti costitutivi siano identici. Senza dire della separazione delle domande riconvenzionali espressamente prevista dal progetto ove appunto non fondate su identità dei fatti costitutivi.

È chiaro, allora, che, ove domande diverse siano proposte con ricorso separato, non solo si viene a duplicare o a triplicare (nel caso di domande riconvenzionali) il contenzioso del lavoro *in parte qua* e si incentiva quello *sperpero di giurisdizione* che ostinatamente continuo a considerare tra le cause principi della crisi del processo (per quel che c'interessa) del lavoro, ma anche si creano complicati problemi interpretativi (ad es., *quid juris* per quel che riguarda richieste d'inquadramento superiore che incidano sul *quantum* dell'indennità *ex art. 18?*) e si contribuisce a far insorgere delicatissimi e defatiganti problemi di rapporti tra separati procedimenti in parte connessi. Il che, in definitiva, è probabile che aggravi la crisi della giustizia del lavoro. Senza dire della destinazione obbligatoria di alcune udienze alla trattazione dei procedimenti in materia, con gli inevitabili buchi (quindi: *sprechi di giurisdizione*) che ciò comporta; e senza dire dell'istituzionalizzazione di una fase ulteriore di giudizio e dell'essersi concepito il gravame come reclamo, in tal modo facendo sorgere subito il problema della pienezza della devoluzione o del suo essere limitata ai motivi denunciati (come penso). E non mi soffermo su ulteriori aspetti processuali o sull'incertezza delle stesse regole sostanziali (si considerino, ad esempio, le formule della *insussistenza del fatto contestato* o *la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*) anch'esse foriere di contenzioso.

Ebbene, se è vero che il cattivo funzionamento della giustizia allontani gli investimenti, non mi sembra razionale vedere ciò dalla sola prospettiva della materia dei licenziamenti tutelati dall'art. 18, che producono un contenzioso tutto sommato limitato se non modesto, e non invece in una visione complessiva del servizio.

Ma stando anche alla stretta materia di tali licenziamenti, lascia davvero perplessi, sempre dall'angolazione dalla quale mi sto muovendo, la disposizione che diversificando le conseguenze del licenziamento inefficace o violativo dell'art. 7 in ragione dell'esservi comunque giustificazione del licenziamento, costringe a doversi dar luogo all'istruttoria pur in presenza di un vizio formale.

D'altronde, tornando alla limitazione del rito alle controversie aventi identità di fatti costitutivi, anche una regola che prevedesse il contrario — cioè il *simultaneus processus* e la corsia preferenziale per cause connesse pur se non aventi nelle ragioni della domanda gli identici fatti costitutivi — avrebbe l'effetto, del quale

il d.d.l. è forse stato consapevole e cui ha voluto ovviare, di creare un contenzioso fittizio in materia di licenziamenti, stimolato dall'intento di non far finire i giudizi con altro oggetto nella grandissima, maggioritaria massa di controversie prive di corsia preferenziale e quindi destinate a soffrire ancora più. Per altri versi, non si vede poi come la corsia preferenziale quantomeno per le cause assistite da tutela obbligatoria *ex art. 18*, e non per quelle assistite da tutela obbligatoria *ex art. 8 l. n. 604/1966*, possa giustificarsi sul piano degli artt. 3 e 24 Cost.: paradossalmente una legge il cui intendimento era anche di ridurre le sperequazioni di tutela sostanziale ne introduce una nuova e pesante sul piano processuale.

Insomma, per parafrasare in qualche modo e *a contrariis* il fondatore della nostra scienza del processo, non si chieda appunto al processo quello che non può dare. E mi verrebbe di aggiungere, lo si lasci finalmente in pace.

PIETRO ICHINO

Il diritto del lavoro al tempo della crisi e la crisi di identità dei giuristi italiani.

Prima di tutto consentitemi di cogliere questa occasione per ringraziarvi della manifestazione unanime di solidarietà di fronte agli insulti e alle minacce che nei giorni scorsi i nuovi brigatisti hanno rivolto a me, con l'intento di colpire in realtà tutti noi, la nostra libertà di pensiero e la nostra stessa dignità di cittadini liberi. E per chiarire una cosa che forse non è risultata chiara nel modo in cui la vicenda è stata riportata dai media. All'inizio del procedimento davanti alla Corte d'Assise di Milano sono stato molto incerto sul punto se costituirmi parte civile oppure no; ho deciso di farlo, anche sulla base del consiglio di alcune persone sagge con cui ne avevo parlato, solo per evitare il rischio di una banalizzazione dell'intera vicenda, che emergeva dalla linea difensiva dei difensori degli imputati ("è tutta una montatura", oppure: "è solo folklore estremistico, senza vero pericolo per nessuno"), in singolare contrasto con il comportamento degli stessi imputati. Nessuno di questi ultimi ha risposto positivamente alla proposta, da me formulata fin dall'inizio del procedimento, nel senso di ritirare la costituzione di parte civile dietro il puro e semplice riconoscimento del mio diritto a non essere aggredito. Il rifiuto di questo riconoscimento da parte loro — anche di chi è poi stato assolto dalle imputazioni — e da parte dei loro rumorosi sostenitori costituisce un fatto grave, un'ombra inquietante sulla nostra convivenza civile. Non per me, ma per tutti noi, per tutto il Paese: una minaccia che non può e non deve essere sottovalutata.

Ma veniamo al nostro tema. La cosa di cui vorrei parlarvi, anche se so che sarà percepita da molti come urticante, è un rischio che vedo per la nostra comunità accademica: quello di una sua perdita di rilevanza nella costruzione del diritto del lavoro e

— più in generale — della cultura giuslavoristica del nostro Paese. Di questa perdita di rilevanza vedo un segnale non tanto nella pur impressionante divaricazione tra le nostre elaborazioni e la produzione legislativa dell'ultimo decennio: si può anche considerare fisiologico l'alternarsi di stagioni di divergenza e di convergenza di orientamenti *de jure condendo* tra legislatore e studiosi della materia. Vedo invece un segnale assai più preoccupante di quel rischio nel diaframma ermetico che impedisce la nostra cooperazione collettiva con il legislatore (quella di cui parlava ieri Marcello Pedrazzoli) anche nelle scelte tecniche di scrittura dello *ius conditum*: un diaframma cui contribuisce, certo, la diffidenza diffusa in Parlamento nei nostri confronti, e non soltanto nel centrodestra, ma cui contribuisce simmetricamente anche il modo in cui squalifichiamo e disprezziamo i suoi prodotti normativi in quanto poco corrispondenti alle nostre visioni e preferenze. Vedo, poi, un altro segnale molto preoccupante nella totale alterità tra i termini del nostro dibattito interno e quelli dei dibattiti che si svolgono nelle sedi dove si decidono le politiche del lavoro nelle istituzioni europee: di quella stessa Europa a cui tutti noi vogliamo appartenere e con i cui standard diciamo di voler armonizzare la nostra legislazione, ma che siamo pronti a squalificare appena dice cose che non rientrano nei nostri schemi. Parliamo proprio di cose diverse, con linguaggi diversi, su lunghezze d'onda molto diverse.

D'altra parte, l'autorevolezza culturale di una comunità accademica, e in particolare di una comunità che coltiva il diritto del lavoro, nasce dalla sua capacità di conciliare il proprio ruolo di interprete dello *ius conditum* con l'impegno a essere luogo di confronto tra orientamenti diversi sul terreno dello *ius condendum*, senza che questa seconda funzione possa in qualche modo appannare la prima. Ma non può non risultare appannata la prima funzione quando una scelta compiuta in questi giorni dal legislatore — discutibile finché si vuole, ma pur sempre scelta meditata e lungamente discussa tra il Governo, le forze politiche che lo sostengono e le parti sociali interessate — viene liquidata sprezzantemente come “fesseria” (è proprio il termine usato poco fa a questo proposito da Mario Napoli), o quando l'intero disegno di legge presentato dal ministro del Lavoro viene indicato nel corso del nostro dibattito come il “pastrocchio Fornero”, e la Cisl, che vi ha maggiormente contribuito, come “sindacato giallo”. Maria Teresa Carinci si è espressa con parole diverse: con grande e molto ap-

prezzabile trasparenza ha esplicitato il proprio “preciso intento — nell’accingersi all’opera di interpretazione del nuovo testo legislativo — di conservare un’area più ampia possibile di applicazione della reintegrazione” come sanzione per il licenziamento nel caso di esito negativo della verifica giudiziale; senonché questo è l’intendimento esattamente opposto rispetto alla *voluntas* esplicitamente enunciata dal legislatore *bi-partisan* nell’emanare la nuova norma in esame. Intendimento — quello di Maria Teresa — ovviamente del tutto legittimo nel dibattito sullo *ius condendum*; ma qui è chiaro a tutti che stiamo invece parlando sostanzialmente di *ius conditum*, anche se manca ancora qualche giorno alla conclusione dell’esame del disegno di legge in seconda lettura da parte della Camera. La nostra relatrice, dunque, ci ha proposto una raffinata opera di interpretazione della nuova norma, dichiarando esplicitamente che l’opera stessa è mirata a contrastarne gli obiettivi, a ridurre il più possibile gli effetti perseguiti dal legislatore. E i due colleghi designati per il ruolo di *discussant* sulla relazione di Maria Teresa hanno manifestato pieno consenso con lei su questa scelta. Pur con tutta la stima e l’amicizia che mi lega a relatrice e *discussants*, a me sembra che questa confusione indebita tra preferenze *de iure condendo* e criteri di lettura dello *ius conditum* non giovi alla nostra autorevolezza come interlocutori delle istituzioni, dei *policy makers*; perché contribuisce a identificarci come un partito più che come un luogo di produzione di cultura giuridica.

L’intendimento che il legislatore ha enunciato, nel varare la nuova disciplina dei licenziamenti di cui stiamo discutendo, è sostanzialmente questo: riservare la *restitutio in integrum* — quella che secondo l’approccio di *law and economics* viene classificata come *property rule* — ai casi in cui è in gioco un diritto assoluto della persona del lavoratore: dignità, libertà morale, onorabilità personale; e riservare invece la tutela indennitaria, la *liability rule*, ai casi in cui sia in gioco soltanto un suo interesse economico e professionale. Si possono criticare le singole scelte di formulazione testuale; ma davvero possiamo sostenere che sia irragionevole, irrazionale, contraddittorio con la struttura logica del sistema (così l’ha qualificata la relazione di Maria Teresa Carinci), l’adozione di una tecnica protettiva che è quella largamente dominante negli ordinamenti europei, applicandosi oggi a più del 95 per cento della loro forza lavoro dipendente? Davvero possiamo sostenere con

tanta sicurezza che una scelta di questo genere sia incostituzionale, quando per ben tre volte (nel 1965, nel 2000, in occasione del referendum radicale sull'art. 18, e nel 2008) la Corte costituzionale ha invece dichiarato la piena compatibilità con la Costituzione della sanzione soltanto risarcitoria contro il licenziamento illegittimo? Come possiamo dimenticare le opinioni espresse a questo riguardo anche da un nostro maestro da tutti amato e rispettato come Gino Giugni, e poi ultimamente da Tiziano Treu che di questo disegno di legge è stato uno dei due relatori di maggioranza in Senato?

A me sembra, invece, che — al di là di tutte le sacrosante critiche cui prestano il fianco le singole opzioni di tecnica normativa compiute nel disegno di legge al nostro esame — questa scelta sia assai opportuna su entrambi i versanti della materia del licenziamento individuale. Su quello del licenziamento disciplinare essa è tanto più opportuna quanto più paradossali e irragionevoli sono gli esiti — ai quali così frequentemente assistiamo — di un regime che, unico nel panorama europeo, non ammette alcuna alternativa alla reintegrazione, neppure nei casi in cui il giudice stesso rileva un concorso di colpa del lavoratore nel determinare la cessazione del rapporto. Sul versante del licenziamento per motivo economico od organizzativo, per altro verso, questa del legislatore a me sembra una scelta tanto più opportuna quanto più gravi sono state in quest'ultimo mezzo secolo le aporie della giurisprudenza circa la nozione stessa di giustificato motivo oggettivo, e quanto più plateale è stata la contraddizione tra il mille volte riaffermato principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali e il modo in cui di fatto quelle scelte sono state intrusivamente sindacate nelle aule giudiziarie, ogni volta che il giudice si è sostituito all'imprenditore nella valutazione circa l'utilizzabilità del lavoratore in altra posizione in seno all'azienda, oppure circa l'entità del prevedibile calo delle vendite di un prodotto, oppure ancora circa la congruità delle competenze linguistiche del lavoratore rispetto alle esigenze aziendali, e così via. In tutti questi casi ora il nuovo regime, prevedendo soltanto una (pur robusta) sanzione indennitaria, determinerà una nuova situazione nella quale l'indennità stessa costituirà una sorta di filtro automatico delle scelte dell'imprenditore: laddove la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto superi l'importo di quell'indennità, egli potrà procedere, col licenziamento individuale, a quell'"aggiusta-

mento fine” degli organici che fino a oggi gli è stato di fatto fortemente inibito, proprio per l’assenza di un *severance cost* predefinito. Per altro verso, l’entità massima della sanzione (l’equivalente di 24 mensilità dell’ultima retribuzione), superiore di un terzo rispetto al limite massimo vigente in Germania, fa sì che il nostro ordinamento nazionale resti al vertice della graduatoria di protettività in materia di licenziamenti individuali, rispetto a tutto il resto d’Europa.

Aggiungo che mi è, poi, difficile comprendere la logica seguita da Maria Teresa quando per un verso nella sua relazione riconosce che sarebbe costituzionalmente legittima e compatibile con l’art. 30 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali la protezione di tipo obbligatorio fondata sul controllo giudiziario e sulla condanna del datore di lavoro al pagamento di un’indennità in caso di esito negativo della verifica giudiziaria, mentre per altro verso sostiene che sarebbe incostituzionale e contraria alla Carta di Nizza l’imposizione dello stesso indennizzo — per quanto elevato — in tutti i casi di licenziamento per motivo oggettivo: quindi, a ben vedere, una soluzione più favorevole al lavoratore.

Intendiamoci bene: anch’io vedo molti difetti in questo disegno di legge governativo. A cominciare dalla sua illeggibilità per la quasi totalità dei milioni di cittadini che saranno chiamati ad applicarlo: la semplificazione della nostra legislazione del lavoro deve costituire una nuova frontiera di importanza prioritaria nel prossimo futuro. Inoltre in alcuni punti del disegno di legge — in particolare nella norma volta a contrastare il fenomeno delle dimissioni in bianco: questione che poteva essere agevolmente risolta in modo molto più semplice — affiora ancora la vecchia cultura giu-s-lavoristica, che tende a complicare la vita al datore come al prestatore di lavoro in 99 casi, per prevenire l’abuso in un centesimo caso. Dimenticando che in questo modo, in realtà, anche il centesimo lavoratore viene danneggiato, perché le complicazioni burocratiche hanno un effetto depressivo sulla domanda di lavoro; mentre non c’è tutela migliore per chi è trattato male in un’azienda che potersene andare sbattendo la porta perché ce n’è un’altra pronta ad assumerlo trattandolo meglio. Lungi da me, dunque, l’idea di incensare questo provvedimento legislativo che si avvia a concludere il proprio iter parlamentare. Mi colpisce, però, che né nelle pur pregevoli relazioni introduttive del nostro

congresso, né da parte dei *discussants*, sia stato espresso un seppur minimo apprezzamento per il fatto che:

— dopo 18 anni di deleghe legislative al Governo per la riforma in senso universalistico degli ammortizzatori sociali, durante i quali nessun Governo, né di centrodestra né di centrosinistra, è riuscito a cavare un solo ragno dal buco, una legge per la prima volta provvede a istituire una assicurazione universale contro la disoccupazione e a ricondurre rigorosamente la Cassa integrazione alla funzione che le è propria;

— dopo tre decenni nei quali si è assistito alla fuga dal lavoro subordinato nella forma della collaborazione autonoma per così dire *border-line*, per la prima volta una legge pone al centro dei propri obiettivi e dell'agenda di politica del lavoro del Paese la questione del superamento del dualismo fra protetti e non protetti, recando norme che, peraltro, la stessa relazione di Maria Teresa Carinci giudica efficaci e incisive per il riassorbimento almeno delle forme più evidenti di elusione del diritto del lavoro attuate mediante le collaborazioni autonome.

Sconcerta, in particolare, questa nostra incoerenza: ci stracciamo le vesti per qualche marginale riduzione di “articolo 18” per i lavoratori regolari stabili che già ne godono, mentre mostriamo un'indifferenza pressoché totale per la sua estensione a centinaia di migliaia di collaboratori che oggi non godono non soltanto dell'art. 18, ma neppure di alcuna altra protezione. La stessa incoerenza, del resto, ha mostrato nel corso del negoziato su questa riforma la parte politica cui appartengo, quando ha dichiarato pubblicamente la propria disponibilità a rinunciare per intero al riassorbimento delle collaborazioni autonome fasulle nell'area del lavoro dipendente, in cambio di una rinuncia del Governo a “toccare” l'art. 18.

Vorrei infine dedicare gli ultimi minuti che mi restano di questo intervento a un'osservazione critica circa l'insofferenza che è emersa nelle relazioni di ieri e di oggi e in numerosi interventi nei confronti dell'invito, che ci viene da parte dei vertici europei e da diverse autorità economico-finanziarie, a rendere gli standard minimi di trattamento più flessibili, più adattabili alle circostanze economiche locali; quindi anche a privilegiare la contrattazione collettiva aziendale come fonte degli standard medesimi. Colpisce che questa insofferenza sia espressa — e non soltanto in questa sede — dalle stesse persone che esaltano l'utilità delle ricette key-

nesiane per la crescita economica del Paese. Perché quello che Keynes raccomanda, a ben vedere, è essenzialmente l'uso dell'inflazione come risposta alla rigidità dei salari nominali verso il basso nelle situazioni di crisi congiunturale; più precisamente, come strumento per operare una sorta di "taglio lineare" del potere d'acquisto reale di tutti i lavoratori, finalizzato a evitare l'aumento della disoccupazione e l'avvitamento recessivo, contemporaneamente "pommando" domanda di beni e servizi nel sistema. Ora, in una situazione nella quale con i nostri partner europei abbiamo consapevolmente scelto di rinunciare a questa utilizzazione in funzione anti-ciclica dell'inflazione (in precedenza ottenuta con lo stampare più moneta), il solo modo in cui possiamo combattere la disoccupazione congiunturale consiste nel rendere meno rigidi gli standard minimi, consentendo che la contrattazione aziendale li adatti alle circostanze specifiche. Questo significa, in sostanza, sostituire il "taglio lineare", quello operato mediante l'inflazione keynesiana, con dei "tagli su misura" per le singole situazioni, operati da un sindacato-intelligenza collettiva dei lavoratori capace di valutare caso per caso i vincoli e le opportunità offerte dalle circostanze. Così stando le cose, criticiamo pure l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 (anche perché non ha senso affidare la necessaria riforma del diritto del lavoro alla contrattazione aziendale), purché siamo consapevoli della necessità di chiarire in quale altro modo intendiamo risolvere il problema, evitando che la rigidità degli standard, nella fase recessiva, generi disoccupazione, povertà e distruzione di ricchezza.

Nel nostro dibattito di questi giorni, e in particolare nella relazione di Maria Teresa Carinci, sento rispondere, su questo punto, che la soluzione del problema va perseguita attraverso una "politica espansiva". Che immagino significhi — stringi stringi — una politica di investimenti pubblici: si torna sempre alla ricetta keynesiana. Ma chi predica questa soluzione dovrebbe chiarire da dove possano arrivare le risorse per gli investimenti pubblici, dal momento che abbiamo già molto keynesianamente raggiunto e ampiamente superato i limiti massimi possibili di indebitamento pubblico e di prelievo fiscale complessivo (occorre ridurlo e redistribuirlo, ma certo non aumentarlo). Oggi non saremmo alla mercé dei mercati finanziari internazionali, se non avessimo accumulato duemila miliardi di debito pubblico. Se, in nome della purezza dei nostri dogmi giuslavoristici, rifiutiamo la soluzione della

flessibilizzazione degli standard minimi, abbiamo l'onere di indicare gli altri strumenti con i quali intendiamo combattere la disoccupazione, anzi far crescere i nostri bassissimi tassi di occupazione; e non possiamo pensare di salvarci l'anima col rituale auspicio di un aumento degli investimenti pubblici.

Questa nostra discussione di oggi, comunque, sottolinea positivamente quanto sia importante un dialogo aperto tra noi giuristi e gli economisti. Un dialogo del quale non dobbiamo diffidare, per timore di un'egemonia del pensiero economico su quello giuridico, del mercato sui valori. La realtà è che abbiamo costantemente bisogno di verificare la coerenza degli effetti delle norme giuridiche con i valori che esse perseguono: una verifica che lo studio del contenuto formale delle norme stesse non è mai in grado, da solo, di fornire. Il mio auspicio — lo affido al comitato direttivo dell'Associazione che uscirà domani dalle urne del nostro congresso — è che nel prossimo futuro sappiamo coltivare questo dialogo più e meglio di quanto abbiamo saputo fare fin qui.

Maria Teresa Carinci ci ha offerto una relazione anzitutto scritta da par suo e poi detta da par suo; è sicuramente uno dei giovani giuslavoristi che scrive e parla meglio.

La relazione secondo me ha due pregi fondamentali. Il primo pregio è la trasparenza, lo ha sottolineato anche Pietro Ichino poc'anzi. Maria Teresa dice: la prima parte della riforma mi va bene, accresce le rigidità "in entrata", quindi è nella linea, che condivido, di un rafforzamento del lavoro subordinato a tempo indeterminato. Poco importa alla relatrice, rilevo io, che anche questa parte della riforma presenti ampie zone d'ombra e contraddizioni. Ad esempio, l'apprendistato viene eretto ad architrave dell'occupazione giovanile ma vengono incrementati i vizi che affliggono il Testo Unico impedendo all'istituto di svolgere la sua funzione. Ancora, dopo un paio di mesi da quando il legislatore ha affidato l'utilizzo del lavoro somministrato alle libere determinazioni delle parti sociali, seguendo del resto il suggerimento della Direttiva europea, vengono offerte confuse indicazioni in senso omologativo rispetto alla disciplina del contratto a termine.

La seconda parte della riforma, dedicata alla c.d. flessibilità in uscita, alla relatrice invece non piace affatto. Così intraprende un'operazione ermeneutica diretta a "svuotarla" sebbene sappia, e lo ammetta, che prima e seconda parte rispondono ad una logica di reciproca compensazione tanto che nel percorso dall'originario programma allo stesso d.d.l. e poi all'approvazione parlamentare le modifiche recate all'una sono state accompagnate da modifiche all'altra nel perseguimento di un evidente e dichiarato disegno di equilibrio tra irrigidimento "in entrata" e alleggerimento "in uscita"; disegno peraltro, ma è la mia opinione, velleitario ed arido di risultati.

In siffatta operazione ermeneutica è possibile cogliere l'altro pregio della relazione, cioè la raffinatezza. Lo "svuotamento" è infatti operato tramite un raffinato recupero della dottrina "costi-

tuzionalista” degli anni cinquanta e primi sessanta dello scorso secolo, la quale, mediante la c.d. “funzionalizzazione” dei poteri dell’imprenditore alla stregua dell’art. 41 Cost., aveva tentato di subordinare l’efficacia risolutiva del licenziamento al controllo giudiziale di meritevolezza sociale.

All’epoca però illustri maestri si resero conto che la strada non era percorribile perché, a fronte di una legislazione che riconosceva il potere di recesso *ad nutum*, non era possibile andare oltre la rilevanza del motivo illecito di diritto comune ai sensi dell’art. 1345 c.c.

Parimenti oggi, a fronte di una legislazione che regola nel dettaglio i limiti di tale potere (per di più ora articolando le sanzioni relative al suo illegittimo esercizio lungo un’ampia gamma di graduazioni dell’illegittimità), è del tutto arbitraria la pretesa di estendere le fattispecie discriminatorie tipizzate e quella codicistica del motivo illecito fino ad assorbire ogni ipotesi di licenziamento ingiustificato con l’espedito di una successione di equazioni: ingiustificato = non rispondente all’interesse oggettivo dell’organizzazione d’impresa = contrario a Costituzione = discriminatorio.

Gli stessi maestri ammonirono altresì che nell’attribuire rilevanza al motivo illecito determinante ed esclusivo non è possibile discostarsi, sul mero terreno delle operazioni ermeneutiche, dai rigorosi canoni codicistici circa la distribuzione dell’onere della prova (art. 2697 c.c.) e l’ammissibilità delle presunzioni (art. 2729 c.c.).

Su questo terreno la relatrice, con disinvoltura, prospetta l’inversione dell’onere probatorio fondata su una lettura costituzionalmente adeguatrice dell’art. 2697 c.c. che vorrebbe l’accollo di tale onere secondo il criterio della “prossimità” o “disponibilità” della prova. Ma si tratta all’evidenza di una lettura in realtà sovvertitrice della norma codicistica, incompatibile con il suo tenore letterale. L’orientamento giurisprudenziale che accolla al datore di lavoro l’onere di provare il requisito numerico preclusivo dell’applicazione dell’art. 28 st. lav. è giocato sulla ricostruzione di tale requisito come fatto costitutivo dell’eccezione anziché della domanda.

A questo punto devo però io pure manifestare la mia insoddisfazione nei riguardi della nuova disciplina dei licenziamenti giacché non mi pare idonea a realizzare un affidabile bilancia-

mento rispetto alle rigidità “in entrata” in vista del dichiarato obiettivo di rilancio occupazionale. Ciò soprattutto perché non è idonea a consentire una ragionevole prevedibilità della gestione, nelle aule giudiziarie, dell’articolazione delle sanzioni correlate alle varie figure di illegittimità.

Personalmente resto convinto che il vero snodo critico, in vista di quell’obiettivo, sia costituito non tanto dal vecchio testo dell’art. 18 st. lav. ove applicato, come fino al 1991, al licenziamento individuale bensì dalla sua esportazione sul terreno del licenziamento collettivo. Resto infatti convinto che in un sistema di mercato esposto ad una concorrenza globale aggressiva, a prescindere dalla collocazione della crisi dal punto di vista logico-semanticamente su cui siamo stati prima brillantemente intrattenuti, il problema fondamentale, direi l’assillo, per l’impresa è un sostenibile equilibrio tra dipendenti “in forza” e dipendenti di cui ha bisogno nel mutare delle contingenze di quel mercato.

Negli anni novanta dello scorso secolo, al fine del superamento della lunga e grave crisi economico-produttiva ed occupazionale protrattasi dalla metà degli anni settanta, al problema si è cercato di dare risposta praticando in tutte le sedi un apprezzabile, seppur prudente e controllato, allentamento delle rigidità “in entrata”. Anzitutto in sede legislativa, già a partire dal 1987 con l’attribuzione alle parti sociali della facoltà di governo del ricorso al contratto a termine fino al c.d. “pacchetto Treu” del 1997 (specialmente con una disciplina promozionale, tecnicamente ben congegnata, del lavoro interinale e con il contratto di formazione e lavoro). Altresì in sede giudiziaria, soprattutto con le aperture nei confronti del lavoro parasubordinato, grazie all’abbandono della tradizionale presunzione di subordinazione in favore della presunzione di conformità del contenuto del rapporto alla volontà dichiarata dalle parti nonché con la ricostruzione quale “delega in bianco” dell’anzidetta norma del 1987.

Lo scenario è andato mutando nel corso del primo decennio di questo secolo, a partire dal d.lgs. n. 368/2001, specie in ragione dell’applicazione che ne è stata fatta, condannandolo ad una sorta di eterogenesi dei fini, e poi dal d.lgs. n. 276/2003, pur se, nei propositi, votato ad un recupero di flessibilità.

In siffatto scenario sarebbe occorsa una riforma radicale sul terreno dei licenziamenti collettivi attraverso una incisiva ed effettiva semplificazione delle procedure, atteso il fallimento, nel-

l'interpretazione giurisprudenziale, di quella operata dal d.p.r. n. 18/2000 nonché, soprattutto, attraverso l'abbandono della tutela reintegratoria accompagnato da una seria revisione del sistema di ammortizzatori sociali.

È sì riconosciuta efficacia sanante dei vizi procedurali all'eventuale accordo sindacale e comunque per tali vizi è sì prevista solo una (peraltro robusta) sanzione economica. Resta però il rischio che l'intervento di depotenziamento delle tutele sia "aggi-rato" attraverso il controllo c.d. di "causalità" del licenziamento collettivo a monte della procedura.

È però conservata la sanzione reintegratoria per i vizi relativi ai criteri di scelta; i quali hanno alimentato e prevedibilmente continueranno ad alimentare uno dei capitoli più tormentati del contenzioso generato dalla l. n. 223/1991 particolarmente con ri-guardo ai confini del bacino della loro applicazione nonché al loro reciproco bilanciamento e al loro intreccio con i profili "causali" del licenziamento collettivo.

Credo sia dunque lecito avanzare non poche riserve sulla adeguatezza della riforma c.d. "Fornero" rispetto alla perseguita "prospettiva di crescita".

Venerdì 8 giugno - pomeriggio

GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL REDDITO DI FRONTE ALLA CRISI FINANZIARIA (*)

di ENRICO GRAGNOLI

*... Delle gioie rallegrati, nei mali addolorati, ma mai troppo;
riconosci quale ritmo tiene gli uomini*
(ARCHILOCO)

Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur
(da TITO LIVIO)

There is not such a thing as a free lunch
(MILTON FRIEDMAN)

SOMMARIO: DIRITTI E COMPATIBILITÀ, CITTADINANZA E LAVORO. 1. Il diritto del lavoro e quello della sicurezza sociale di fronte alla crisi dello Stato nazionale. — 2. La crisi finanziaria e la sovranità dello Stato. — 3. La crisi di sovranità dello Stato italiano e la riforma delle pensioni di anzianità. — 4. La tutela del reddito dei prestatori di opere nel sistema costituzionale. — 5. Il cosiddetto reddito di cittadinanza. — 6. La centralità del lavoro quale perno esclusivo di un sistema di tutela del reddito. — IL CONTESTO ISTITUZIONALE E LE INTERFERENZE CON LE ATTIVITÀ PRIVATE. L'ESPLICARSI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ IN SENSO ORIZZONTALE E VERTICALE. 7. Il cosiddetto principio di sussidiarietà orizzontale, i tentativi di funzionalizzazione e la collaborazione fra il sistema pubblico e quello privato. — 8. Le proposte sui fondi definiti dai contratti collettivi. — 9. Il principio di sussidiarietà verticale e lo spazio delle Regioni. — 10. Il nesso fra politiche attive e passive di promozione e di difesa dell'occupazione. — 11. Le iniziative formative. — 12. Il segno più evidente di disarticolazione del sistema, i trattamenti in deroga. — ALCUNE COORDINATE DI UN NUOVO SISTEMA DI TUTELA DEL REDDITO. 13. Il cosiddetto principio di condizionalità. — 14. Semplicità dell'ap-

(*) Quando è stato cominciato, questo lavoro era dedicato alla memoria del prof. Mario Grandi. L'8 giugno è il compleanno di mia madre, deceduta quando la preparazione di questa ricerca era circa a metà. Con diversi sentimenti di affetto e di doloroso ricordo, accomuno mia madre e il prof. Grandi nella dedica. Simili pensieri si congiungono e non si elidono.

proccio amministrativo e vocazione universalistica delle prestazioni previdenziali. — 15. La separazione fra previdenza e assistenza. — 16. I contributi, le prestazioni previdenziali e il principio assicurativo. — 17. I modelli contrattuali e la tutela previdenziale. — 18. La selezione dei destinatari dei trattamenti previdenziali. — LA TUTELA DEL REDDITO NELL'AMBITO E ALLA FINE DEL RAPPORTO DI LAVORO. 19. Quali obiettivi dovrebbe perseguire il trattamento di integrazione salariale. — 20. La stabilità del rapporto di lavoro e la posticipazione dei licenziamenti collettivi, nella visione microconcertativa delle crisi aziendali. — 21. I contratti collettivi di solidarietà e la loro efficacia soggettiva generale. — 22. Le proposte del Governo di una riunificazione dei trattamenti di tutela del reddito posteriori all'estinzione del rapporto di lavoro. — 23. La tutela del reddito nelle procedure concorsuali e, in particolare, nel fallimento. — 24. Alcune linee prospettiche.

DIRITTI E COMPATIBILITÀ, CITTADINANZA E LAVORO

1. *Il diritto del lavoro e quello della sicurezza sociale di fronte alla crisi dello Stato nazionale.*

Per quanto possano valere queste sintesi estreme, se si volesse trovare un elemento unificante della dottrina italiana, a partire dalle prime esperienze della fine del diciannovesimo secolo (2), tale profilo potrebbe essere ravvisato nella perdurante fiducia nell'ordinamento dello Stato, se mai ora con l'intenso condizionamento di quello comunitario (3). Non è solo un problema di radicamento giuspositivistico del nostro pensiero, ma di fiducia nelle capacità dello Stato di tutelare il lavoro. Tale scelta di metodo è nel segno della continuità (4). Il nostro dibattito ha riflesso, « nelle sue soggettività più influenti, un orizzonte culturale dominato largamente dalla seduzione positivistico-statualista, con scarsa inclinazione a valorizzare, oltre i confini dell'eteronomia, la complessità dei fenomeni sociali di produzione del diritto, una complessità che le moderne società industriali hanno ovunque posto all'attenzione » (5), anche con forme di competizione globale (6).

(2) V.: Marchetti 2006, 13 ss.

(3) V.: Giubboni 2012, 51 ss.

(4) V.: Grossi 2000, 59 ss.

(5) V.: Grandi 2001, 538 ss.

(6) V.: Irti 2004, 11 ss., per cui « il diritto civile non si sottrae, non può in alcun modo sottrarsi, all'urto delle grandi potenze — territorialità e spazialità —, che dividono i singoli e il mondo (...). Uniformità contro particolarismo, tipizzazione contro differenze,

Nel momento della costruzione postcostituzionale del diritto del lavoro (7), la tesi positivistica avrebbe potuto esercitare un fascino irresistibile, di fronte a uno Stato foriero di promesse (8). Vi è da chiedersi come possa il diritto positivo mantenere la stessa, indiscussa centralità oggi, davanti al degrado estremo della lettera della norma e all'indebolirsi massimo del suo spirito, quindi di fronte alla crisi dello Stato, come sede di una mediazione costruttiva delle ragioni differenti e di espressione di valori condivisi e proposti con credibilità. I disagi dell'interprete sono l'indice di una discrasia più profonda fra la funzione legislativa e le istanze sociali.

Non a caso, « la volontà normativa — che sia affidata o a burocrati e tecnocrati dell'Unione Europea, o a coalizioni di governo regionale e nazionale — si elabora e s'esprime lontano dalla cerchia e dalla cultura dei giuristi. E costoro si trovano (...) dinanzi all'alternativa (...) o di professare tenace e nobile fede nella scienza, nella logicità, nei concetti giunti dal passato (...); o di aderire alla datità delle norme, e cercare quel poco o quel molto che esse sono in grado di porgerci » (9), quando la trasformazione mette in discussione la credibilità dell'abituale struttura politica (10). Del resto, il diritto europeo accetta e incentiva la competizione fra sistemi nazionali (11). A ragione, si parla di una « mercatizzazione dello Stato nel senso che i vari ordinamenti (...) sono messi in competizione tra loro e può essere prescelto quello più favorevole » (12). Viene meno l'idea propositiva dello Stato, quale preteso coagulo di valori e come espressione di una sintesi accettata di ideali (13). Il diritto del lavoro e della sicurezza sociale è

anonima ripetitività contro singolarità dei casi, illimitatezza contro protezione dei confini. *Nihil medium*: in mezzo, nessuna istanza di equilibrio e di forza pacificante, ma soltanto il vuoto, in cui le due potenze si precipitano con impeto e esiti imprevedibili ».

(7) V.: Nogler 2001, 555 ss.

(8) V.: Persiani 2010, 328 ss.

(9) V.: Irti 2004, 66 ss.

(10) V.: Cappellini 2002, 27 ss.

(11) V.: Capotosti 1996, 1 ss.

(12) V.: S. Cassese 2002, 116 ss.

(13) V.: Giubboni 2012, 57 ss., il quale, in una prospettiva comunitaria, parla del « nuovo, decisivo banco di prova della possibilità di riequilibrare l'asimmetrico rapporto tra libertà economiche europee e diritti sociali nazionali scaturito dalla crisi del modello costituzionale binario delle origini ».

nato in un legame stretto con le categorie dell'ordinamento nazionale. Fuori da questo orizzonte, la legge inderogabile e le clausole del contratto collettivo perdono il loro presupposto (14). Né i Paesi in via di sviluppo vogliono rinunciare ai benefici concorrenziali indotti da una minore protezione del lavoro (15), con l'acquisizione di occasioni economiche che, in difetto, sarebbero impensabili, per perduranti *deficit* tecnologici.

Se il diritto del lavoro e della sicurezza sociale si è ambientato nello Stato liberale (16), con una reazione alla sfida dell'economia capitalistica (17), le stesse logiche non possono essere esportate fuori dal loro ambiente originario. La promozione dei diritti sociali (18) presuppone quella delle libertà individuali (19); nel contempo, la concorrenza spietata e al ribasso fra gli ordinamenti non trova ostacoli significativi (20). Né si può ritornare a superate esperienze protezionistiche. Il diritto del lavoro ha subito un grave spiazzamento (21), a seguito della riallocazione geografica di molte aziende e dell'offerta in altri Paesi di occasioni di occupazioni perse nel nostro (22). In una logica di solidarietà globale, in tale fenomeno vi è una qualche dimensione di giustizia redistributiva, seppure imperfetta. Per la debolezza dei meccanismi di controllo, la concorrenza fra ordinamenti non può essere contenuta. Al fondo, vi è una divaricazione inevitabile fra gli interessi dei lavoratori degli Stati di capitalismo maturo, quelli delle imprese e quelli dei prestatori di opere dei Paesi in via di sviluppo.

(14) V.: Cianferotti 2007, 575 ss., per cui, « anche oggi, nell'era della globalizzazione mercantile, il diritto del lavoro o è tutela dei lavoratori oppure non è. Perché la flessibilità e la precarizzazione non sono il nuovo, moderno diritto del lavoro, ma ne sono la negazione ». L'osservazione sorprende, perché, pure esatta, manca il problema. Non è in discussione il fine del diritto del lavoro, ma i metodi o, se si vuole, i meccanismi istituzionali e culturali funzionali al raggiungimento degli obiettivi. E tali metodi e tali meccanismi non discendono da una semplice declinazione degli scopi, a maggiore ragione nella società contemporanea.

(15) V.: Daeubler 2006, 767 ss.

(16) V.: Cazzetta 2007, 577 ss.

(17) V.: L. Gaeta 2007, 585 ss.

(18) Sulla centralità dei servizi, quale effettiva garanzia dei diritti sociali, v. Ales 2001, 981 ss.

(19) V.: Apostoli 2005, 35 ss.

(20) V.: Ferrarese 2002, 53 ss.

(21) V.: Giubboni 2012, 52 ss.; Gnes 2004, 53 ss.

(22) V.: P. Ichino 2007, 425 ss.

Il nostro mondo del lavoro è sempre più il luogo della scarsa comprensione reciproca, dell'intolleranza, della fatica quotidiana, del dolore, in una parola. A tanta sofferenza, può rispondere lo Stato? Il diritto si cimenta con problemi eterni, poiché ha per oggetto la vita nel suo esplicarsi quotidiano; per gli uomini, non solo di oggi, « il lavoro non è altro che il partecipare che fanno alla faticosa creazione della vita sociale le singole vite individuali con la propria attività » (23). Per l'uomo, « nel suo bisogno di libertà di amicizia di godimento di riposo è insita questa scoperta della infelicità essenziale della sua vita », poiché si accorge che « la liberazione che va cercando per tante vie e con tante lotte non è avvenuta né può avvenire; e di liberazione in liberazione non fa che arrivare a un duro e inalterato nucleo o dato, contro cui ogni tentativo si spezza » (24). Con quello che ha di tragedia e di commedia, la nostra condizione porta al fondo di ogni riflessione « la vita dell'individuo elementare ed empirico » (25). Questa consapevolezza allontana da un ingenuo positivismo.

2. *La crisi finanziaria e la sovranità dello Stato.*

Nella sua etimologia, che rimanda al verbo greco *krino*, la parola « crisi » sottolinea una rottura nell'evolversi piano e forse anche naturale degli eventi, con una frattura capace di mettere alla prova la capacità di previsione e di governo. Essa è una sfida alla razionalità, alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio, in un contesto modificato in modo brusco. Il tradizionale valore negativo attribuito alla locuzione dipende da uno strutturale pessimismo; lungi dall'essere solo il segno di sciagure incombenti, la crisi è prima di tutto una opportunità, per esempio nella vita di una

(23) V.: Capograssi 1955, 621 ss., che prosegue: « il lavoro non è altro che il partecipare che fanno alla faticosa creazione della vita sociale le singole vite individuali con la propria attività, col proprio agire e col proprio patire, con le proprie invenzioni e le proprie sofferenze, le proprie forze spirituali e le proprie forze fisiche; e così concepito e qualificato, il lavoro, in quanto non è altro che la vita dell'individuo in moto e in collaborazione nella costruzione della vita associata, acquista il valore che la vita dell'individuo ha assunto, e come tale subordina a sé tutti gli altri valori sociali, diventa quello che effettivamente è, fattore principale della costruzione della vita comune ».

(24) V.: Capograssi 1955, 655 ss.

(25) V.: Capograssi 1955, 655 ss.

comunità. Nelle vicende ultime del nostro Stato, solo i più sfrenati ottimisti potrebbero attribuire alla parola potenzialità positive (26).

Il giurista non può fare molto più delle lamentazioni di Eschilo, a maggiore ragione se ha fiducia in una concezione statale della sua missione. Se non si vuole ricorrere a visioni semplificate e mitologiche, come quella della *nemesis* o dello *ftionos theon*, che potrebbero spiegare in una logica moralistica i colpi inferti ai Paesi di capitalismo evoluto, in una qualche epocale redistribuzione delle opportunità, del reddito e delle disgrazie, il diritto non ha le categorie per comprendere le cause degli attuali sconvolgimenti. Né le diagnosi degli economisti risultano persuasive per l'osservatore incompetente, incapace di dominare i necessari istituti matematici ed econometrici. Perché la crisi sia sorta e quali nessi di causalità stiano alla sua base, il giurista non può dire. Il sistema politico non sembra molto più attrezzato, se si considera l'uso di parole cui si attribuisce un valore simbolico, come quella della « liberalizzazione », con l'identificazione dei responsabili dei disastri incombenti (o degli untori da colpire) di volta in volta nei farmacisti o negli avvocati.

Devono cambiare alcuni principi del diritto della sicurezza sociale, se non altro per il venire meno delle risorse. Quale itinerario sia plausibile è una domanda che lascia interdetti. Nel nostro Paese, si devono essere sbagliati coloro che hanno attribuito rilievo al sistema creditizio e ai suoi vizi nella creazione della crisi attuale, se, con il consenso della netta maggioranza dei componenti degli Organi parlamentari e dei massimi Magistrati dello Stato, esponenti del mondo culturale vicini a tali gruppi sociali hanno assunto responsabilità di governo, additando, un po' a caso, al pubblico ludibrio ora l'uno ora l'altro soggetto attivo, a vari livelli, nel nostro processo economico, con una netta preferenza per i così vituperati conduttori delle vetture dedite al servizio di piazza.

(26) All'inizio del 2009, quando le peggiori difficoltà non erano ancora neppure annunciate, un mio cliente (un imprenditore che si rivolse a me sul piano professionale) paventò una nuova glaciazione, nel senso economico e finanziario dell'espressione. Egli fu per lo più deriso, anche con espressioni irrispettose, da molti ottimisti, fra cui si collocarono gli esponenti di tutti i partiti politici, convinti che il nostro sistema economico avrebbe presto trovato un nuovo equilibrio, senza molti traumi. Essi avevano torto.

Non resta molto altro se non la professione di dubbio di Socrate, e questa non è la premessa migliore per una ricerca che abbia pretesa di scienza. L'unico percorso è offerto non dall'*episteme*, ma dalla *sofrosune*, cioè da una indagine basata sulla prudenza, sulla consapevolezza della precarietà della nostra condizione attuale. Quindi, « mettiamoci subito d'accordo sul fatto che tutto il discorso sulla prassi deve essere sviluppato a grandi linee e non in modo rigoroso, come abbiamo detto all'inizio, quando abbiamo affermato che bisogna fare discorsi conformi alla materia trattata » (27). Non siamo di fronte a una rivoluzione scientifica, perché manca non l'occasione, ma il sedimentarsi di una concezione alternativa dei nostri modelli di protezione (28).

Se quello sociale è una delle forme di Stato, perché « accanto alla garanzia dei diritti di libertà si chiedono l'affermazione e l'attuazione dei diritti civili, di prestazione, e la pari opportunità per tutti di goderne » (29), la tutela del reddito toccava una manifestazione della sovranità. La definizione e la realizzazione dei diritti sociali riguardavano il cuore del rapporto fra l'istituzione e i suoi cittadini (30). Se la stessa locuzione « Stato sociale » è stata considerata ambigua (31), il piegarsi della sovranità a logiche redistributive condizionava la vita comunitaria (32), per la tradizionale « crescita dei compiti assegnati al potere pubblico con il fine di fronteggiare il maggiore numero di bisogni individuali e collettivi (...) fino al raggiungimento di quello Stato — benessere (...) che può considerarsi la realizzazione più compiuta dello Stato sociale » (33).

Per quanto tale nozione abbia sempre posto problemi di effi-

(27) V.: ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, 1104a, in *Le tre etiche*, a cura di Fermani, traduzione di Migliori, Milano, 2008, 487 ss., che prosegue « ciò che rientra nell'ambito della prassi e dell'utile non ha nulla di stabile, e lo stesso vale per ciò che rientra nell'ambito della salute. E se il discorso in generale ha queste caratteristiche, a maggiore ragione mancherà di precisione il discorso sui casi singoli; infatti non rientra in nessuna tecnica né in alcuna serie di precetti, ma è pure sempre necessario che chi agisce guardi alla situazione che si trova di fronte, proprio come nel caso della medicina e del pilota della nave ».

(28) V.: Th. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1995, 137 ss.

(29) V.: Cuocolo 2005, 506 ss.

(30) V.: Amato 1974, 275 ss.; Barile 1984, 75 ss.; Balboni 1987, 709 ss.

(31) V.: M.S. Giannini 1977, 387 ss.

(32) V.: Rossano 1978, 57 ss.

(33) V.: Cuocolo 2005, 506 ss.

cienza e di coerenza fra gli obbiettivi e le risorse (34), ora è in discussione la stessa sovranità (35). La ricerca di un equilibrio plausibile fra efficacia e giustizia (36) o, se si vuole, fra solidità finanziaria e uguaglianza è espressione del senso stesso dello Stato, nel suo rivolgersi verso i bisogni basilari dei suoi componenti (37). Si può ancora parlare di Stato sociale (38) quando è in discussione l'indipendenza nella pianificazione della tutela del reddito? Il nesso fra il sistema finanziario italiano e quelli esteri non può lasciare indifferente la struttura costituzionale. Il tema non solo travalica i confini del diritto del lavoro, ma è scontato, al punto da rendere stucchevole la *laudatio temporis acti*. Come avverte un noto economista statunitense, *there is not such a thing as a free lunch*; qualunque riflessione sul dovere essere del nostro Stato sociale presuppone la definizione di quanto si possa utilizzare per la redistribuzione. Purtroppo, per l'imprevidenza colpevole delle generazioni precedenti, non vi è sovranità italiana nello stabilire quanti ... pranzi si possano acquistare e, a questo punto, vi è da chiedersi se ve ne sia per definire il numero, la natura e il costo delle portate.

Nella timidezza del legislatore non si colgono solo il timore di suscitare reazioni esasperate o la penuria delle risorse o, ancora, la paura di avviare trasformazioni repentine, mentre sono in corso gravi ristrutturazioni di numerosi complessi aziendali. Se mai, si può scorgere un atteggiamento rinunciatario, come se la ragione critica non trovasse spazio per esplicitarsi, davanti a un mondo nel quale la ricerca delle compatibilità economiche prende spazio sempre maggiore, rispetto alla declinazione dei diritti, e dove il tema dei valori e della loro compiuta esplicitazione soccombe di fronte alle logiche patrimoniali.

È vero il contrario, e la stasi è rinuncia al ragionamento. La rivendicazione esasperata tollera più del bisogno l'imprevidenza e la scarsa razionalità delle regole, da affinare quando si dibatta intorno all'essenziale e alle condizioni di prestatori di opere estromessi per lungo tempo da una stabile collocazione professionale o

(34) V.: M.S. Giannini 1986, 93 ss.

(35) V.: Raveraira 2011, 325 ss.; Ferrajoli 1995, 48 ss.; S. Cassese 2009, 41 ss.

(36) V.: Elia 1982, 117 ss.

(37) V.: Reinhard 2001, 623 ss.

(38) V.: Mengoni 1988b, 13 ss.

costretti a rivedere le loro prospettive, con l'accettazione di attività meno remunerate. La distribuzione evoca la divisione coerente di un insieme dato, che il diritto non può determinare e si trova affidato da altri rami del sapere pratico (39). Ciò non sminuisce il risalto del diritto del lavoro, ma, se mai, invita a un dibattito più intenso. Riflettendo sulla crisi dello Stato dorico (tutto sommato meno drammatica della nostra), Platone ritenne nelle *Leggi* che « la causa effettiva di quel fallimento non era stata, come poteva pensare uno spartano, mancanza di coraggio guerriero o di perizia militare, ma difetto di cultura (...) nelle cose umane più importanti. Questa profonda incultura è ciò che, allora come ora e per sempre, distrugge e distruggerà gli Stati » (40).

Tali parole sono state scritte quando un altro Stato si accingeva a una crisi terribile e sanguinosa. Si soggiunge: « questi potenti Stati dorici sono caduti per avere seguito i loro appassionati desideri e non la vista della ragione. Così la scoperta dell'errore politico additato dalla storia alla greccità dorica riconduce al punto in cui il dialogo ha preso le mosse, al problema dell'*ethos* buono di uno Stato, le cui radici affondano nella sana struttura dell'anima individuale » (41). Il diritto del lavoro non può essere interprete di tale *ethos*, né può ambire alla sua costruzione. Quanto meno, deve tenere presente la ragione, « le cui radici affondano nella sana struttura dell'anima individuale » (42). Proprio il passaggio dalla fondazione dei diritti sociali alla comprensione delle compatibilità economiche impone di porre mano alla riforma (43), *hic et nunc*, nella consapevolezza dell'acuirsi delle motivazioni ideali alla base delle regole, di fronte all'intensificarsi dei contrasti. Purtroppo, nell'Italia di oggi, i licenziamenti non sono solo decisi; se anche non sono stati intimati, sono già stati imposti dalle oggettive compatibilità economiche.

(39) V.: M. Barbieri 2011, 380 ss.

(40) Cfr. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, trad. it., ristampa, Milano, 2003, 1746 ss.

(41) Cfr. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, cit., 1746 ss.

(42) Cfr. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, cit., 1746 ss.

(43) V.: Garofalo 2008, 9 ss.

3. *La crisi di sovranità dello Stato italiano e la riforma delle pensioni di anzianità.*

Un esempio della crisi di sovranità del nostro Stato è dato dalla riforma del sistema pensionistico del dicembre scorso, con consistenti modificazioni apportate ai trattamenti di anzianità (44). L'istituto ha anche rimediato a situazioni di inoccupazione o di perdita della precedente collocazione professionale, votato a preconstituire risorse a favore del lavoratore nell'ultima parte della sua vita. Da sempre, tali pensioni hanno contribuito allo svecchiamento della manodopera e assecondato i desideri delle imprese di rinnovare il personale, a favore dei più giovani, meglio in grado di fronteggiare le innovazioni di tecniche e di metodo, e di dare contributi diligenti.

Sebbene i relativi provvedimenti normativi si collochino fuori dal perimetro delle misure volte a tutelare il reddito, tali interventi hanno centrale importanza per il futuro mercato del lavoro, per almeno due ragioni. Per un verso, le decisioni relative mostrano quanto poco di italiano vi sia stato nelle nostre strategie. Se, anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale, l'intera evoluzione del regime pensionistico è stata all'insegna di un « bilanciamento macroeconomico » (45), nell'ultimo periodo l'impulso decisionale è spostato fuori dai confini. Resta ferma l'idea per cui la « copertura finanziaria » è « una garanzia globale, a tutela (...) di tutti i principi, di tutti i valori, di tutte le norme costituzionali, perché, se salta tale copertura, va in crisi l'intero sistema, con il baratro del dissesto » (46). Questa centralità dei temi economici si colora ora di una limitazione strutturale della sovranità, per il nostro insuccesso nel ripartire le risorse (vere e non immaginarie) e per la devoluzione a terzi della stessa politica o, almeno, dei suoi fondamenti.

Per altro verso, l'influenza dei condizionamenti esterni si è spinta fino a indurre, nel volgere di poche settimane, a mettere in discussione uno dei cardini nella nostra strategia, vale a dire uno

(44) V.: P. Sandulli 2012, 1 ss.

(45) V.: Andreoni 2006, 231 ss.

(46) V.: Andreoni 2006 304 ss., che così sintetizza l'evoluzione più recente delle giurisprudenza, a cominciare da quella costituzionale; cfr. Zagrebelsky 1993, 102 ss.; Anzon 1993, 252 ss.; Salazar 2000, 137 ss.

strumento abituale di svecchiamento della manodopera, quasi una sorta di contrappeso a talune rigidità opposte al potere di organizzazione delle imprese o, comunque, alla consolidata stabilità di molti rapporti. Pertanto, non si dovrebbe guardare alla regolazione transitoria, ma alla complessiva disciplina del futuro. Sebbene le pensioni di anzianità non siano una forma di tutela del reddito, è difficile immaginare le dinamiche delle imprese e dei prestatori di opere in un contesto non più dominato dalla possibilità di godere della pensione fra i cinquanta e i sessanta anni, quindi in una età per lo più di buone condizioni fisiche, ma di scarsa capacità di soddisfare i desideri di molti datori di lavoro, nei settori nei quali la competizione è più frenetica, il bisogno di aggiornamento è intenso e si richiedono doti rilevanti di dedizione, di sopportazione delle fatiche, di disponibilità agli spostamenti.

All'improvviso, nell'inverno del 2011 (47), il diritto della sicurezza sociale ha fronteggiato difficoltà occupazionali temibili senza potere favorire l'esodo di molti lavoratori subordinati verso la pensione di anzianità, esito comodo per loro e per le imprese. Si potrebbe discutere sull'idea tradizionale di consentire a tanti prestatori di opere, privati e pubblici, un accesso così rapido alla pensione. È impossibile giungere in merito a valutazioni con pretesa di scienza, poiché non è pensabile paragonare i costi finanziari ai benefici, consistenti non solo in un livello diffuso di benessere, ma in un sollecito avvicendamento delle generazioni in collocazioni professionali stabili.

Per tentare un bilancio un po' sensato sarebbero troppe le variabili e un simile giudizio sarebbe impressionistico. L'istituto è stato un protagonista della vita italiana degli ultimi decenni ed è azzardato chiedersi che cosa sarebbe successo se a esso non si fosse fatto ricorso, nelle forme abituali fino al dicembre 2011. I beneficiari non sono stati solo i prestatori di opere, come dimostra la disinvoltura con la quale, fino a oggi, a maggiore ragione dopo il settembre del 2008, le imprese hanno avviato procedure di mobilità basate sui criteri di scelta cosiddetti della pensionabilità e della volontarietà, per accompagnare verso la pensione di anzianità, per ringiovanire il personale senza conflitti sociali e giudiziari troppo traumatici. La stessa stabilità del rapporto ha trovato un contrap-

(47) V.: Fedele - Morrone 2012, 105 ss.

peso nella possibilità di una rapida cessazione della vita professionale, con costi sostenuti dalla collettività, in particolare con riguardo a dipendenti che potevano arrivare giovani alla pensione, avendo iniziato a prestare la loro attività in epoche nelle quali il tasso di scolarità era basso ed era possibile l'assunzione precoce.

Sebbene il diritto tradizionale sia stato più attento alle ragioni dei vecchi che a quelle dei giovani, la pensione di anzianità ha rappresentato una forma impropria e parziale di riequilibrio; essa ha aperto spazi per chi aveva minore età, ma maggiore disponibilità al sacrificio e, soprattutto, capacità di inserimento più facile e proficuo in contesti tecnologici e organizzativi in rapida trasformazione. Resta da chiedersi quale possa essere l'impatto della sostanziale rinuncia a questi percorsi abituali. Rimangono molto più isolati e meno protetti gli strumenti di effettiva tutela del reddito. Finora, le conseguenze della loro arretratezza sono state lenite dalla supplenza del sistema pensionistico, che, a scapito dell'equilibrio finanziario, ha assunto un ruolo preponderante, vigilando sulla successione fra le generazioni, agevolando le imprese nella ricerca dell'efficienza e consentendo ai prestatori di opere di rinunciare in parte all'autoaggiornamento, con l'auspicio di un approdo indolore e sollecito alla pensione, in grado di fare ricadere sulle risorse pubbliche il costo di molte riorganizzazioni. Questa strategia non è più proponibile.

Desti sorpresa l'attuale dibattito sulla disciplina transitoria concernente molte persone coinvolte in processi di ristrutturazione aziendale e che hanno stipulato accordi conciliativi in previsione del passaggio dal godimento dell'indennità di mobilità a quello della pensione di anzianità. Si finge di ignorare come, a fronte dei provvedimenti normativi del 2011, restrittivi, in troppi casi vi sia stata ... una stipulazione successiva e frodatrice di intese ... postume, per usare una espressione persino troppo benevola. È probabile che il punto di arrivo sia una disposizione di sanatoria, non molto meritata, vista la condotta illecita di chi ha cercato *a posteriori* di accreditare l'idea della conclusione dell'accordo mesi prima della sua effettiva stipulazione. In ogni caso, per il diritto comune, i prestatori di opere non sarebbero privi di tutela. Se fossero in buona fede e non avessero alterato le date, e se anche non riuscissero a ottenere l'annullamento per errore della transazione, potrebbero invocare l'inefficacia per il venire meno del presupposto comune alle parti, poiché simili intese individuale

sono state concepite in modo palese proprio in previsione dell'ap-prodo alla pensione di anzianità.

4. *La tutela del reddito dei prestatori di opere nel sistema costituzionale.*

La vittima predestinata della perdita di sovranità dello Stato sono i principi costituzionali, mai in grado di dettare in positivo l'assetto obbligato del diritto della sicurezza sociale (48), ma con una effettività decrescente. Sull'art. 38 Cost., si era detto che « la tutela previdenziale non corrisponde più a una valutazione comparativa degli interessi privati dei lavoratori e dei datori di lavoro, ma realizza in modo diretto e immediato un interesse pubblico, un interesse di tutta la collettività » (49), e ciò rimarrebbe vero, se si guardasse al solo art. 38 Cost. e alla sua sintesi con l'art. 3 Cost. (50). Il nuovo scenario apre uno spazio enorme al legislatore ordinario e riduce i vincoli indotti dall'art. 38 Cost., con una compressione dell'impatto dei criteri costituzionali. A ragione, si diceva che la « tutela previdenziale (...) corrisponde a un interesse di tutta la collettività organizzata nello Stato, onde è che quella realizzazione costituisce, di necessità, uno dei compiti primari di questo ultimo » (51), ma, ormai, le funzioni dello Stato non sono in relazione alle sole aspettative della nostra comunità.

La contrapposizione fra la valorizzazione delle ragioni dei cittadini e quelle dei lavoratori (52) e la ricomposizione di tale divaricazione nell'art. 38 Cost. (53) non sono più temi da affrontare in un dialogo esclusivo fra legge e Costituzione. Se così fosse, non si

(48) V.: Persiani 1979, 242 ss.

(49) V.: Persiani 1979, 242 ss.; Persiani 1968, 201 ss.

(50) V.: Romagnoli 1979, 162 ss.

(51) V.: Persiani 1979, 238 ss.

(52) V.: Pototschnig 1969, 569 ss.

(53) V.: Persiani 1979, 240 ss., per cui fra cittadini e lavoratori « una diversificazione è prevista ed è rilevabile con riguardo all'oggetto di tale diritto e all'ambito della tutela accordata: "mantenimento e assistenza sociale" per i cittadini e "mezzi adeguati alle esigenze di vita" per i lavoratori. Diversificazione, si noti, che non corrisponde tuttavia alla previsione di un diverso atteggiamento dello Stato e, quindi, a una diversa rilevanza dell'interesse pubblico nei confronti dei cittadini e dei lavoratori, ma solo a una diversa valutazione dell'oggetto dell'interesse dei soggetti protetti, comunque coincidente con l'interesse pubblico ». V. anche Persiani 1973, 419 ss.

spiegherebbe l'improvvisa rinuncia alle pensioni di anzianità. Poiché l'art. 38 Cost. fonda un diritto sociale (54), esso coinvolge la stessa forma di Stato. Si è posto un quesito fondamentale rispetto all'art. 38 Cost., cioè: « se lo *standard* di protezione sociale deve essere identificato nel minimale (...), la domanda necessaria è quella che riguarda il soggetto dell'identificazione: chi decide ciò che è il minimo, o quale sia l'adeguatezza della prestazione? » (55). Qualunque potesse essere la risposta, ora « il re è nudo ». Lo è il legislatore, chiamato a esercitare, per quanto può, il suo indirizzo politico, fra i tanti condizionamenti; fra essi quelli costituzionali sono meno incisivi.

Non nei principi, ma nell'auspicabile applicabile della *prudentia*, la legge deve scoprire da sola quanti ... pasti possa garantire, con un più sfuocato richiamo alle direttive costituzionali. Il tema della sicurezza non è affatto diventato secondario. Proprio per la condizione complessiva del nostro ordinamento, la sua ispirazione è sempre meno da cercare nella Costituzione e sempre più in una riflessione su che cosa si possa realizzare, oggi, con scelte discrezionali. Ci si deve domandare se il sistema economico possa rimanere quello di un Paese prospero e se vi sia spazio per la garanzia di un alto e generale benessere o se si debba accettare un arretramento complessivo delle disponibilità individuali.

Le consuete interpretazioni dell'art. 38 Cost. (56) sono partite dall'affermazione tranquillizzante di un progresso inarrestabile del benessere collettivo, con una corrispondente accentuazione della dimensione rivendicativa (57) e dello spazio dell'azione pubblica (58). La lettura dei criteri costituzionali è stata condizionata da questa prospettiva ottimistica. Per quanto della sicurezza sociale si sia proposta una visione elastica, legata alle contingenti scelte applicative (59), essa è stata concepita come espressione di « sorti progressive » del nostro Paese (60). Il diritto di oggi non è

(54) V.: Sepe 1959, 361 ss.

(55) V.: Olivelli 1988, 194 ss.

(56) V.: Donati 1984, 113 ss.; L. Lombardi Vallauri 1979, 155 ss.; Cinelli 1982b, 117 ss.

(57) V.: Persiani 1970, 300 ss.

(58) V.: Simi 1981, 3 ss.

(59) V.: Chiarelli 1971, 3 ss.

(60) V.: Garancini 1978, 365 ss.

all'insegna dell'interpretazione dell'art. 38 Cost., ma della sperimentazione. Lo dimostra la giurisprudenza costituzionale, propensa a dare spazio crescente alla discrezionalità del legislatore. Tali soluzioni sono state criticate anche a ragione, perché si è colto un contesto « segnato da casi particolari e da una giurisprudenza restrittiva in materia di diritti sociali, in momenti di sfavorevole congiuntura economica, e viceversa da una giurisprudenza espansiva, in momenti economicamente favorevoli » (61). Vi è una debolezza strutturale dei principi costituzionali nel confronto brutale con la forza delle cose e con la ragione di Stato.

Il diritto della sicurezza si snoda fra due « poli: quello dei valori (...) calati dalla astratta letteralità del testo della Carta nella concreta storicità della vita attuale del Paese; e quello della compatibilità della loro portata precettiva con vincoli di varia natura, tra i quali assai stringenti quelli di contenimento della spesa » (62). Anzi, la « Corte costituzionale si colloca nel punto di intersezione tra sistema politico, sistema economico e società arbitrandone i conflitti che nascono dalla tendenza ad assolutizzare i valori di cui ciascuna sfera è portatrice » (63). Questi commenti sono ineccepibili, ma un po' sconsolanti; infatti, lo spazio della ricostruzione teorica si riduce. Sulla scorta delle sole indicazioni costituzionali, non si può stabilire quanto benessere possa essere concesso, quando nulla è prevedibile, nella convulsa vita contemporanea. La libertà crescente della legge non collide con la forza dei condizionamenti delle entità comunitarie e dei Governi di altri Paesi, poiché tali influenze si esercitano sull'indirizzo politico. Se mai, vi è da chiedersi che cosa siano i diritti sociali, in questo nuovo assetto.

Da troppi anni, si preannuncia la riforma degli strumenti di tutela del reddito e non la si porta mai a compimento, al punto che simili promesse potrebbero indurre a una meritata ilarità, con il ricordo della ... tecnica normativa decantata da Alessandro Manzoni, nel suo racconto delle grida. Il nostro sistema si è presentato in uno stato confuso all'appuntamento con la crisi (64). Quali meccanismi volti a rimediare al disagio economico dei pro-

(61) V.: Andreoni 2006, 312 ss.

(62) V.: Casavola 1989, 94 ss.

(63) V.: Mengoni 1988b, 13 ss.; v. anche Mengoni 1989, 21 ss.

(64) V.: Miscione 2007, 695 ss.

cessi più aspri di riorganizzazione, le forme di protezione del reddito delimitano spesso il confine fra relativo benessere e povertà, come è stato ricordato con pari incisività da due Autori in momenti lontani l'uno dall'altro (65). Il nostro Paese deve decidere se può contare su una crescente o, almeno, perdurante ricchezza (al punto da discutere del cosiddetto reddito di cittadinanza) (66) o se deve ripiegare sulla riduzione della copertura sociale.

Destinatari di provvedimenti continui, con un ricorrersi frenetico di norme distoniche, i lavoratori e gli aspiranti tali vorrebbero capire il quadro. Esso non sfugge solo alla loro possibilità di influire sulla sua impostazione, ma alla loro capacità di decifrarlo. Non vi è forse in ciò il sintomo di una trasformazione irreversibile della sicurezza, che rifugge a « sorti progressive » per rinserrarsi ... nel castello di Kafka? E, se tale edificio presenta una sorta di fascino irresistibile per chi lo popola, non è il simbolo della crisi non solo della condizione umana, ma della sua stessa dimensione collettiva e solidale? Da un mondo così lontano dal nostro, la voce di Archiloco citata in apice richiama quel ritmo della vita umana che porta a un rincorrersi della fortuna e della sventura. Solone ammoniva a non chiamare un uomo felice fino alla sua morte, perché è sempre possibile un cambiamento. In una concezione eudaimonistica della vita, l'avvertimento coglie nel segno. Compete anche allo Stato ergersi a baluardo di fronte all'insicurezza, poiché prosperità e bisogno si intrecciano secondo percorsi poco prevedibili.

Della sicurezza sociale è prevalsa finora una dimensione rivendicativa (67). Prima ancora di contrapporre il cittadino e il lavoratore (68), il nostro diritto è partito da una fiduciosa attesa nel ruolo dello Stato, quale apportatore di giustizia; le tante contraddizioni sono apparse rimediabili a opera di riforme che allargassero le maglie della protezione. Si è avvertito che « l'art. 38 Cost. (...) non risulta imporre uno specifico modello » (69). La responsabilità del legislatore è stata vista nella preannunciata sconfitta

(65) V.: Ghezzi 1985, 175 ss.; Miscione 2007, 697 ss.

(66) V.: Miscione 2007, 701 ss.

(67) V.: Balandi 2002, 425 ss., sulla « difficoltà di ricondurre l'ordinamento previdenziale — o di sicurezza sociale — a una sistematica unitaria e chiaramente definibile »

(68) V.: Balandi 2002, 431 ss.

(69) V.: Cinelli 1996, 49 ss.

della povertà (70) e i diritti sociali (71) sarebbero « a tutti gli effetti diritti fondamentali e perfetti, anche se la loro diretta e piena azionabilità è (di regola) subordinata alla realizzazione dei profili modali » (72). Tali frasi potrebbero suonare ironiche, se si guardasse alle persone nate negli anni '50, che non trovano né nella Costituzione (73), né nella giurisprudenza la realizzazione delle promesse di un rapido raggiungimento della pensione. L'interlocutore diretto e spietato della legge non è una Costituzione prodiga di considerazione per tutte le necessità, ma l'aspro mercato, con la severità delle istituzioni straniere.

In materia previdenziale sono stati ravvisati diritti « condizionati », perché il « godimento dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di una organizzazione erogatrice » (74); di fronte ai vincoli finanziari, i presupposti si moltiplicano e non sono solo « di fatto », poiché rimandano a decisioni del nostro Governo, di altri Stati e di tanti organismi, con competenze intrecciate. È difficile la strada che conduce dai diritti (75) alle compatibilità, in specie per le giovani generazioni, chiamate a scontare l'imprevidenza delle precedenti. La crisi ha colpito una concezione costruttiva della categoria dei diritti sociali, i quali non possono essere dedotti né dalla Costituzione, né dalla Carta di Nizza (76), ma rinviano alla legge, sulla base di opportunità economiche. Spesso, non vi è né giustizia collettiva, né uguaglianza (77).

5. *Il cosiddetto reddito di cittadinanza.*

Sebbene la frase sia il frutto di una revisione sintetica di una prosa più ampia e rotonda, Tito Livio ha raccontato come reagì il Senato romano di fronte all'assedio di Sagunto. Il legislatore ita-

(70) V.: Cinelli 1990, 502 ss.

(71) V.: Baldassarre 1989, 7 ss.; Pace 1989, 685 ss.; Corso 1981, 755 ss.

(72) V.: Cinelli 1996, 51 ss.

(73) V.: Mazziotti 1964, 323 ss.

(74) V.: Baldassarre 1989, 7 ss.

(75) V.: Cinelli 1994, 53 ss.

(76) V.: R. Greco 2006, 519 ss.

(77) Sull'accrescersi delle disuguaglianze come implicazione della crisi economica, v. Hepple 2009, 396 ss.

liano è stato molto più lento e improvvido davanti alla crisi di questi anni e, purtroppo, se Annibale è « *ad portas* », all'orizzonte non si vedono né Scipione l'Africano, né, almeno, Quinto Fabio Massimo *Cunctator*. Gli istituti dell'indennità di disoccupazione, dell'integrazione salariale, della mobilità e dei servizi all'impiego hanno avuto trasformazioni limitate. L'annunciarsi e, poi, l'incombere della crisi hanno fatto ripiegare su uno svernante negoziato parlamentare e consociativo a proposito del singolo provvedimento, con la centralità dei trattamenti in deroga (78). Una proposta è stata l'introduzione del cosiddetto « reddito di cittadinanza » e, cioè, di una forma di salvaguardia riservata a tutti, anche se non lavoratori, con il connesso superamento della dicotomia dell'art. 38 Cost. (79). La sicurezza sociale rievoca una idea di giustizia distributiva (80), sebbene il sistema tenda a obiettivi più ambiziosi, perché vuole condizionare la stessa convivenza civile. Se manca quella proporzione di cui parla Aristotele, il perseguimento di scopi ulteriori è difficile, se non a prezzo dell'acuirsi dei contrasti. Infatti, « se gli individui non saranno uguali non otterranno cose uguali, e di qui gli scontri e le rivendicazioni, nel caso in cui persone uguali ottengano cose disuguali o persone disuguali ottengano cose uguali » (81).

Il riequilibrio insito nella tutela del reddito cerca di sovvenire a una frattura nell'esistenza, con quanto di ansia e di sofferenza ne deriva, per il destino familiare; alla base di una sana politica vi è una istanza di giustizia redistributiva, che trovi una proporzione, tanto più importante perché riguarda il soccorso nel bisogno e, cioè, il profilo più delicato dell'uguaglianza, nel suo affon-

(78) V.: Di Stasi 2011, 353 ss.; Cinelli - Nicolini 2009, 19 ss.

(79) V.: Balandi 2002, 431 ss.

(80) V.: ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., 1130 b, 639 ss., per cui « è necessario che il giusto sia un medio e sia uguale in relazione a qualcosa e per qualcuno, e cioè che, in quanto è intermedio, lo sia rispetto a certe cose (e cioè rispetto al più e al meno), e che in quanto è uguale lo sia tra due termini e che, in quanto è giusto, lo sia per qualcuno. Necessariamente, quindi, il giusto si realizza almeno tra quattro termini: infatti due sono gli individui tra cui si instaura un rapporto che sia giusto, e due le cose rispetto a cui si ha un rapporto con queste caratteristiche. E la stessa disuguaglianza si ha tra gli individui e rispetto alle cose. Infatti, come stanno le prime stanno anche le seconde. Se gli individui non saranno uguali non otterranno cose uguali, e di qui gli scontri e le rivendicazioni, nel caso in cui persone uguali ottengano cose disuguali o persone uguali ottengano cose uguali ».

(81) V.: ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., 1130 b, 639 ss.

dare nei timori reconditi di ciascuno. Il dibattito sul « reddito di cittadinanza » invoca una risposta che travalichi la capacità dei gruppi di pressione di imporre soluzioni parziali. Si deve partire dalla giustizia, da un interrogativo cruciale, come si debbano ridistribuire le risorse (82).

Non è convincente riferirsi ai diritti sociali (83), poiché non si chiedono prestazioni garantite a prescindere dalle compatibilità, ma una equa ripartizione di quanto offre l'assetto finanziario. Se manca la razionalità, non si possono comporre « gli scontri e le rivendicazioni » (84). Nel riassumere alcune parziali esperienze regionali, si è affermato che, « quale strumento di contrasto alla povertà (...), il reddito di cittadinanza è andato sviluppandosi nel quadro degli assetti di *governance* territoriale relativi alla programmazione regionale dei “piani sociali di zona” » (85), con qualche avallo nella giurisprudenza costituzionale, in ordine al riparto delle attribuzioni (86). Sebbene le Regioni abbiano potere di intervenire in merito (87), tali sperimentazioni dimostrano il disordine istituzionale e meritano una valutazione negativa (88), tanto che le « varie Regioni hanno (...) costruito sistemi diversificati di governo regionale e locale » (89), con differenti previsioni di spesa. Non è un inizio promettente per un reddito che, volendo trovare il suo presupposto nella cittadinanza o nella residenza, dovrebbe rispondere a una logica universalistica (90).

La revisione della sicurezza deve poggiare su un presupposto culturale adeguato, in grado di selezionare i destinatari (91), e la cittadinanza non soddisfa, prima di tutto sul versante etico, nonostante l'invocazione ripetuta di un « minimo vitale garantito » quale « diritto soggettivo (...), tutelato e disciplinato dalla legge, definito su criteri universalistici e standardizzati (...), immune all'aleatorietà delle risorse di bilancio, affiancato da articolate mi-

-
- (82) Sulle prospettive comunitarie, v. Bartoli - Occhio cupo 2010, 369 ss.
(83) Sulle vicende del loro emergere in ambito europeo, v. Giubboni 2011, 447 ss.
(84) V.: Aristotele, *Etica nicomachea*, cit., 1130 b, 639 ss.
(85) V.: Gentile - Avolio - Baldassarre 2011, 335 ss.
(86) V.: Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 423, in *FI*, 2005, I, 2291.
(87) V.: Lagala 2002, 363 ss.; Chiaromonte 2009, 371 ss.
(88) In senso opposto, v. Miscione 2007, 695 ss.
(89) V.: Gentile - Avolio - Baldassarre 2011, 335 ss.
(90) V.: Cinelli - Giubboni 1005, 169 ss.
(91) V.: Onofri 2007, 2 ss.; Sacchi 2008, 57 ss.

sure di accompagnamento » (92). Se non vi è nulla di « immune » dalle « risorse », resta la contrapposizione presente nell'art. 38 Cost. fra cittadini e lavoratori, nonostante il declino della forza evocativa dei principi costituzionali. Il reddito di cittadinanza sarebbe un appoggio alla passività e un incentivo al lavoro irregolare, con un ulteriore appesantimento della precaria condizione dei settori produttivi, già costretti a fronteggiare un carico fiscale insostenibile.

La cittadinanza non può essere il presupposto di un reddito minimo, né di un indifferenziato intervento, di dispersione delle risorse, da concentrare a favore di chi si presti a un inserimento nel tessuto economico, per l'espletamento di mansioni con pari dignità, per quanto umili. Non a caso, l'Italia ospita milioni di lavoratori stranieri, che espletano attività rifiutate dagli indigeni. L'ordinamento deve rimuovere, e non promuovere la prassi deteriorata del lavoro irregolare e, a tale fine, non deve intervenire solo con strumenti interdittivi e sanzionatori, ma deve porre termine a capillari violazioni delle norme imperative, per esempio con una immediata riforma dell'indennità di disoccupazione nel turismo e nell'agricoltura.

Se la contrapposizione fra cittadini e lavoratori dell'art. 38 Cost. ha perso parte del suo fascino, l'art. 3 e l'art. 4 Cost. richiamano la pari dignità del lavoro (93) ed è contrario a postulati di giustizia distributiva incoraggiare o preferire l'una o l'altra occupazione. Tale scelta rientra nella libertà individuale, ma il rifiuto di funzioni poco appetibili non può trovare sostegno in un intervento pubblico. A fronte di un abbassamento pericoloso del trattamento pensionistico promesso ai giovani, con il ricorso al sistema contributivo, funzionale al finanziamento dell'imprevidenza e dell'incapacità di governo delle generazioni passate, un generale sostegno del reddito dei « cittadini » sarebbe molto discutibile. Non si può fare gravare sulla comunità il reperimento di risorse per chiunque, salvo scoraggiare il lavoro.

A esso deve guardare la giustizia (94), per non suonare come un inno all'inerzia. In nessun modo « nella società post-industriale

(92) V.: Ranci Ortigosa 2007, 17 ss.

(93) V.: Scagliarini 2006, 99 ss.

(94) V.: Pizzolato 1999, 37 ss.

il lavoro ha perso la sua connotazione di referente unico, o comunque privilegiato, della cittadinanza » (95), se intorno a esso e ai suoi frutti si articola un sistema fiscale spesso oppressivo. Come si può dimenticare lo stesso lavoro nel momento della redistribuzione? Non si può affermare che il « reddito minimo dovrebbe assolvere la (...) funzione di garantire al cittadino la libertà intesa come opportunità di realizzare il proprio progetto di vita inclusivo anche dell'ipotesi di non lavorare, e quindi non essere socialmente utile » (96). Resta da chiedersi perché la cittadinanza dovrebbe proteggere il non lavoro ed ... erigerlo a presupposto delle imposte, e perché la programmata inutilità sociale dovrebbe essere preferita ... all'utilità di chi non voglia versare le imposte e preferisca rifiutare di partecipare agli oneri della comunità, vista l'inefficienza della struttura pubblica.

La pretesa di imporre agli attivi la protezione dell'astensione dalla collaborazione degli inerti mostra il volto illiberale di un sistema che sarebbe ostile ai gruppi inseriti nel tessuto civile (97). Se i ceti medi subiscono ora l'imprevidenza dei Governi, non possono assistere al coronamento della loro tradizionale soggezione politica con il riconoscimento del diritto alla protezione del non lavoro, per mezzo della pesante imposizione sul reddito da lavoro. Quello di cittadinanza dovrebbe ostacolare la « precarizzazione di masse crescenti di popolazione conseguente al sempre maggiore divario tra produttività e occupazione e alla (...) diffusione anche nel "primo mondo" di lavori occasionali e instabili » (98). A fronte di questa esatta diagnosi, la terapia non è un incentivo all'inattività. Il danno sarebbe per coloro che, a diversi livelli di soddisfazione personale ed economica, continuano a dedicarsi alle funzioni produttive, con la promessa di una pensione misera. Proprio perché esposti all'instabilità crescente, i lavoratori invocano l'aiuto

(95) V.: Pessi 2009, 503 ss., che pure parte da una esatta identificazione della perdita di sovranità dello Stato nazionale e conclude in modo persuasivo (v. pag. 515): « in questa prospettiva sembra ai più che vada accantonata la storica ostilità dello Stato nei confronti dei corpi intermedi, prima concretizzata da quello liberale e poi tenuta ferma nella fase di costruzione di quello sociale, nella convinzione di potere essere "il tramite unico della solidarietà" ».

(96) V.: Pessi 2009, 516 ss., con rinvio a Paci 2007.

(97) In senso opposto, v. Dahrendorf 1988, 37 ss.

(98) V.: Pessi 2009, 513 ss.

pubblico e chiedono non di essere sostenuti in un individualistico e immorale sforzo di autoesclusione, ma nel fronteggiare il ritmo precario della loro vita.

Ci si deve interrogare sul senso della nostra disciplina (99), perché è in discussione la stessa centralità del fare (100), come dimensione relazionale della persona. Si « moltiplicano i tentativi di salvare dalla crisi del welfarismo l'idea di una partecipazione dei soggetti al patrimonio comune di una nazione » (101). L'affermazione non è condivisibile. Con l'inasprimento della pressione fiscale, i lavoratori sono chiamati al capezzale dello Stato. Devono anche ... soccorrere il surfista di Malibù (102)? Il « reddito di cittadinanza » propugna una concezione imperativa della partecipazione allo Stato. Il preteso diritto a una sia pure minima protezione dalla povertà per l'appartenenza a una comunità riporta al tradizionale dibattito, sul prevalere della dimensione sociale o di quella individuale, quindi della priorità del gruppo o del singolo. Non vi è una risposta appagante in assoluto, viste le sensibilità e le convinzioni ... in contrasto da varie decine di secoli. L'aspirazione ad ancorare all'appartenenza allo Stato la protezione del reddito minimo è la manifestazione di una incrollabile fiducia nella politica. Se non governa il mercato e se è vittima di pressioni straniere, si vuole credere allo Stato come garante della sopravvivenza dei suoi componenti (103), anche di quelli che rifiutano una visione operosa della loro vita (104).

6. *La centralità del lavoro quale perno esclusivo di un sistema di tutela del reddito.*

La sfida non è fra fiducia nel lavoro e allargamento della tutela verso l'intero gruppo, anche per chi è escluso dalla produzione (105). Il punto in discussione è più alto, perché, se un inter-

(99) V.: Ghezzi 2002, 333 ss.

(100) V.: Mengoni 1998b, 3 ss.

(101) V.: Costa 2009, 35 ss.

(102) V.: Rawls 1982, 207 ss.

(103) V.: Paci 1990, 57 ss.

(104) V.: Pateman 2006, 101 ss.

(105) In questo senso, in modo per nulla persuasivo, cfr. Costa 2009, 63 ss., per cui, « per chi sceglie di rompere i ponti con il passato, una strada pressoché obbligata è assu-

vento pubblico è irrinunciabile (106), esso si deve accreditare come giusto. Il momento collettivo sarebbe la giustificazione del « reddito di cittadinanza », con diritti sociali (107) dedotti da un paradigma assiologico precostituito (108). In realtà, si vuole solo difendere l'ambizione dello Stato di rispondere alla domanda di benessere e di presentarsi come il garante della dignità. Essa non ha nulla a che vedere con la cittadinanza e affonda nella persona, che, prima dello Stato e a prescindere da esso, si affaccia con i suoi drammi alla vita.

Lo Stato deve ancorare a un parametro proporzionato la sottrazione di risorse all'uno a favore dell'altro, e il lavoro è un indice, seppure imperfetto di un qualche merito (109). Il « reddito di cittadinanza » (110) riproporrebbe l'autoesaltazione dello Stato come garante della vita dei suoi componenti. I diritti sociali non hanno valore assoluto (111), ma hanno senso soltanto in un contesto di compatibilità. Non vi è una via intermedia fra l'accordare la priorità alla persona o allo Stato. Se si propone di « spostare dallo *status* di lavoratore allo *status* di cittadino il centro gravitazionale dei diritti » (112), si chiede « che il reddito di cittadinanza sia il sostegno offerto a un individuo attivo e disposto a erogare energie a vantaggio della società » (113), con i suoi valori (114). Per chi crede nella centralità della persona, la cittadinanza è una estrinseca contingenza storica. In nessun modo può « scomparire »

mere il mercato come modello politico-sociale e a partire da esso ridisegnare i profili dell'ordine complessivo. La razionalità strumentale (la congruenza con i fini economici della massimizzazione del profitto e della minimizzazione dei costi) è il principale criterio di valutazione dell'azione individuale e collettiva. È bandita una idea dinamica e sostanziale dell'eguaglianza e con essa l'attribuzione al potere pubblico di un onere redistributivo e perequativo ».

(106) V.: Ferrera 2005, 39 ss.

(107) Sulla progressiva affermazione della categoria dei diritti sociali in ambito comunitario, v. Bronzini 2010b, 35 ss.

(108) V.: R. Greco 2006, 519 ss.

(109) V.: Mortati 1975, 12.

(110) V.: Bronzini 2011, 225 ss.

(111) Sulla loro progressiva affermazione in ambito comunitario, v. Giubboni 2005c, 23 ss.

(112) V.: Romagnoli 1998, 38 ss.

(113) V.: Costa 2009, 68 ss.

(114) V.: Giddens 1998, 35 ss.

la « antica egemonia del lavoro » (115), a prescindere dal fatto che essa è stata proclamata e mai realizzata, nel nostro diritto positivo, il quale ha difeso per lo più l'assistenzialismo, la rendita e la passività.

Una centralità del lavoro nella costruzione della sicurezza sociale non è mai esistita. Nella Costituzione « non vi è la figura dello “uomo assistito” che accampa pretese dallo Stato-providenza, né vi è posto per l'individuo che si afferma nella selezione naturale. Vi è una esigente concezione dell'uomo come essere sociale, artefice della propria fortuna ma anche consapevole dei propri limiti (...) i cui meriti vanno riconosciuti da tutti gli altri in una gara basata sull'eguaglianza dei punti di partenza » (116). Se si accetta lo strutturale prevalere della persona sul gruppo, la valorizzazione del lavoro è il richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà (117) dell'art. 2 Cost. (118) e, cioè, al dovere, non al diritto di essere parte attiva della società. Gli artt. 1 e 2 Cost. hanno cercato un emblema accettabile della presenza della persona e lo hanno trovato nel fare (119), come dimensione relazionale dell'essere (120). La centralità del lavoro non è negoziabile, pena un compromesso sul senso comunitario dell'essere (121). Le responsabilità individuali non possono essere annullate in quelle collettive.

Dunque, « il punto di incontro e di fusione tra principi liberali classici e principi della democrazia pluralista contemporanea è la libera competizione in base al merito » (122). Prescindere dal fare vuole dire accantonare la centralità della persona. Una società basata sui meri diritti contraddice una visione coesa dell'azione di gruppo. Se la giustizia distributiva è il senso ultimo dell'esperienza collettiva (123), la cittadinanza è un parametro selettivo alternativo al merito. Ciò non significa rinunciare al si-

(115) V.: Costa 2009, 68 ss.

(116) V.: Pinelli 2009, 418 ss.

(117) V.: Sciarra 2010 223 ss.

(118) V.: Mengoni 1988, 3 ss.; Loy 2009, 3 ss.

(119) V.: Nogler 2009, 427 ss.

(120) V.: Mortati 1975, 12 ss.

(121) V.: Pinelli 2009, 407 ss.

(122) V.: Silvestri 2009, 78 ss.

(123) V.: ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., 1130 b, 639 ss.

stema pubblico (124), né rimettere tutto al mercato. Il punto non è se lo Stato si debba occupare di un riequilibrio, ma come lo debba raggiungere (125); nel nostro Paese dell'assistenzialismo capillare, il criterio deve essere il lavoro, per « disincentivare il parasitismo » (126), come vuole l'art. 35 Cost. (127). Del resto, l'enunciazione del dovere di lavorare « suppone uno Stato dotato di un minimo di eticità; e lo Stato italiano, che è fondato sul lavoro, che esige dai suoi cittadini l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà, che è impegnato a realizzare una società di eguali, questo minimo etico sicuramente possiede » (128).

Il punto di partenza della sicurezza è la « distribuzione secondo il merito » (129). Coloro che guardano all'armonico comporsi dell'uomo nella vita comunitaria dovrebbero ravvisare il merito nel lavoro (130), come partecipazione propositiva a una avventura collettiva. Per questo la dialettica con la cittadinanza non può essere stemperata (131). Lo « stigma sociale del non lavoro » (132) non può essere eliminato (133). Non si vuole una difesa del reddito degli operai e degli impiegati della grande impresa industriale, con l'indennità di mobilità e l'iscrizione alle liste, e con qualche briciola riservata agli altri, ma un modello generale di tutela, uguale a prescindere dal modo nel quale sia stata resa l'atti-

(124) V.: Sen 2009, 274, per cui « anche se si identificasse l'uguaglianza di capacità con l'uguaglianza di capacità rispetto al *welfare*, questa non equivarrebbe all'uguaglianza in termini di *welfare* (...). E, cosa bene più importante, alla luce di ciò che ho detto sull'ap-proccio delle capacità fino da quando lo ho presentato per la prima volta, dovrebbe essere chiaro che io non sostengo né l'uguaglianza di *welfare* né l'uguaglianza delle capacità di ac-cedervi ».

(125) V.: Nania 2009, 61 ss., per una concezione articolata e persuasiva del lavoro considerata dal paradigma costituzionale.

(126) V.: Romagnoli 2005, 532 ss.; cfr. Pinelli 2009, 419 ss.

(127) V.: Treu 1978, 21 ss.

(128) V.: Mancini 1975, 258 ss.

(129) V.: ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., 1130 b, 639 ss., che prosegue: « infatti nelle distribuzioni tutti concordano che il giusto deve essere valutato rispetto a un certo merito, ma non tutti intendono il merito allo stesso modo, ma i democratici lo intendono come il fatto di essere liberi, gli oligarchici lo fanno risiedere nella ricchezza e talvolta nella nobiltà di nascita, gli aristocratici nella virtù ».

(130) V.: Pedrazzoli 2011, 201 ss.

(131) V.: Bronzini 2010a, 49 ss.

(132) V.: Bronzini 2010a, 53 ss.; v. Ferrajoli 2007, 408 ss.

(133) V.: Costa 2009, 68 ss.

vità e dalle aziende presso cui si sia operato. Proprio perché il fare ha pari dignità (134), l'obbiettivo di una riforma credibile (135) è proteggere il reddito di coloro che operano (136), in quanto partecipi della dimensione collaborativa collettiva (137).

L'impegno non ha avuto finora un livello comune di tutela, e lo dovrebbe raggiungere. Quanto si possa spendere, dipende dalle risorse, ed è un elemento variabile. A chi si debba dare, dipende dalla concezione della vita. Se in essa si vogliono riaffermare i diritti della persona come protagonista attiva del divenire e responsabile del suo destino, il lavoro è l'unico criterio selettivo. La sua difesa non ha nulla di antiquato, né di retorico (138), e si oppone alla visione rivendicativa della cittadinanza, che è un fatto, non il presupposto di un diritto ad avere. Anche se può non piacere, l'*otium* è per chi se lo può permettere. Lo Stato non può liberare dal lavoro ai danni dei lavoratori. Senza impegno, la persona perde il senso dell'azione comunitaria. È libera di perseguire una simile strategia, ma a sue spese.

IL CONTESTO ISTITUZIONALE
E LE INTERFERENZE CON LE ATTIVITÀ PRIVATE.
L'ESPLICARSI DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ
IN SENSO ORIZZONTALE E VERTICALE

7. *Il cosiddetto principio di sussidiarietà orizzontale, i tentativi di funzionalizzazione e la collaborazione fra il sistema pubblico e quello privato.*

Il sistema di sicurezza sociale si apre al dialogo con gli interlocutori privati su vari versanti, a cominciare da quello dell'assistenza, con iniziative solidaristiche di formazioni di diversa estrazione (139). Tali interventi e i corrispondenti fini sono tanto arti-

(134) A ragione, sull'accezione costituzionale del lavoro come *vita activa*, v. Pedrazzoli 2011, 187 ss.

(135) V.: D. Garofalo 2008, 9 ss.

(136) V.: Cinelli 2011, 114 ss.

(137) V.: Napoli 2008, 59 ss.

(138) V.: Napoli 2008, 59 ss.

(139) V.: Pessi 2009, 515 ss.; Ranci Ortigosa 1999, 37 ss.; Donati 1994, 115 ss.

colati da rendere difficile e inutile una classificazione, in contraddizione con la stessa idea della sussidiarietà, da intendere come originaria priorità dell'azione privata, individuale e collettiva, e del perseguimento di scopi definiti in modo autonomo. Non è persuasivo affermare che il terzo settore potrebbe « essere protagonista, e conseguentemente integrare l'organizzazione del *welfare*, solo ove riceva deleghe espresse e negoziate che attribuiscono oneri, ma anche poteri e responsabilità » (140). Tale frase sottintende una concezione dirigistica (141), incompatibile con la sussidiarietà, da intendere quale precedenza dell'azione privata. Essa viene prima dell'iniziativa pubblica, senza alcun ostacolo nell'art. 118 Cost., poiché l'impianto originario dell'assistenza è collettivo e non statale, già a partire dal diritto comune (142).

La sussidiarietà non coincide con la delega delle funzioni assistenziali o con l'organico inserimento delle iniziative private in un quadro dominato dallo Stato, tanto meno di fronte alla contrazione della sua sovranità. Ciò nulla toglie alla libertà dei singoli o dei gruppi di collaborare, nelle forme e nei limiti stabiliti dagli enti pubblici; se vi è una concordata cooperazione, l'amministrazione può collocare gli apporti altrui in un quadro caratterizzato dal suo disegno. Però, la natura originaria delle attività private postula non tanto la pari dignità, quanto la loro costitutiva priorità. Se lo Stato può realizzare istituti « caratterizzati dall'affiancamento, alle già vigenti prestazioni economiche di sostentamento, di percorsi di inserimento sociale e lavorativo per i soggetti più deboli » (143), non può pensare a una sorta di cattività o di sudditanza del mondo privato; a sua discrezione, esso può scegliere la strada della cooperazione, ma qualora ne sia persuaso, non per un dovere.

Non solo in tema di assistenza, la sussidiarietà pone una gerarchia di valori fra l'azione pubblica e quella privata e, per quanto ciò sia difficile da riconoscere, a fronte di una mentalità dominata da un pervicace statalismo, la seconda è da anteporre a qualunque scelta istituzionale, se mai chiamata a colmare le falle dell'attività individuale e collettiva. Sussidiarietà significa accet-

(140) V.: Pessi 2009, 515 ss.

(141) V.: Emanuele 2008, 39 ss.

(142) V.: Garancini 1978, 365 ss.

(143) V.: Bozzao 2011, 603 ss.

tazione delle forze private, nella loro capacità di comprendere e di sovvenire ai bisogni emergenti. Gli insuccessi pubblici richiamano una gerarchia di valori, con in primo piano la capacità della società di perseguire da sola finalità di riequilibrio, secondo motivazioni formate in via autonoma. Se si accetta la sussidiarietà come graduatoria, la dimensione privata è da anteporre a quella amministrativa e le pulsioni del vivere collettivo trovano correzione nell'intervento pubblico solo qualora esse non raggiungano da sole un risultato, nel significato originario dell'espressione. Se mai, tale concezione è di scarsa presa in una visione organicistica. In quanto momento di passaggio, la crisi è un invito a riscoprire il senso della sussidiarietà, quale ridimensionamento delle irrealizzate ambizioni dello Stato-persona. Vi è da dubitare della disponibilità generale a concepire l'assistenza in questa logica (144).

Nell'evoluzione ultima del nostro diritto, non è risolta la competizione fra soggetti pubblici, imprese e organizzazioni del cosiddetto privato sociale. Sviate disposizioni sembrano privilegiare ora l'uno, ora l'altro protagonista, sono incerti i raccordi operativi e manca una compiuta concezione della reciproca collaborazione. Invece, in specie dove è più intenso l'insediamento industriale e dove sono più dinamiche le aziende, le strutture pubbliche devono fronteggiare il consolidamento dei privati. Poi, non è risolta la dialettica fra questi ultimi, fra coloro che operano per dichiarati obiettivi di profitto e chi, invece, esclude tale fine e, se mai, cerca di rispondere al richiamo della solidarietà. Qualche prospettiva nuova è giunta dalla legislazione regionale, molto discussa, sulla cosiddetta « dote » in tema di politiche del lavoro (145), con un sacrificio del principio di sussidiarietà in senso verticale, a favore dell'applicazione del criterio nella sua dimensione orizzontale (146). I tempi non sembrano maturi per un bilancio definitivo, poiché non è facile comprendere i risultati dell'esaltazione del potere di scelta individuale (147).

L'apertura al settore privato è meritevole di apprezzamento, purché, nel rispetto delle propensioni culturali delle imprese e

(144) V.: Bozzao 2011, 603 ss.

(145) V.: Violini - Cerlini 2011, 43 ss.; Canavesi 2011, 59 ss.

(146) V.: Varesi 2007, 15 ss.

(147) V.: Napoli 2012, 63 ss., sul possibile aiuto della « dote » a un recupero di efficienza del sistema dei servizi per l'impiego.

delle associazioni senza fini lucrativi, sia funzionale al raggiungimento del fine pubblico, coerente con le indicazioni normative e con l'indirizzo politico. Le istituzioni non hanno nessun interesse, né alcun dovere di trasformarsi nei finanziatori delle iniziative altrui, qualora esse non siano coerenti con il loro disegno. Né si può confondere il rispetto per la libertà del cittadino con l'obbligo di assecondarlo nelle sue azioni, che, se del caso, devono trovare le risorse sul mercato, non in un supporto pubblico. Se la dote è un pungolo al recupero di efficienza da parte delle amministrazioni e consente a esse di concentrarsi sulla programmazione e non sulla gestione, la strategia può essere valutata con interesse. Diverso sarebbe vedere le istituzioni come garanti di decisioni dei privati, con un finanziamento coatto.

Analogo ragionamento dovrebbe essere proposto per le iniziative degli enti bilaterali in tema di sostegno del reddito (148), con una sorta di vocazione naturale a una collaborazione con l'amministrazione, desiderosa di incorniciare nelle sue iniziative quelle programmate dal negoziato sindacale (149). Anche in questo caso, l'originaria dimensione contrattuale significa genuina espressione di valori associativi, contro evoluzioni dirigistiche, legittime solo se accettate, mai se imposte. Se la disciplina positiva suggerisce un intreccio fra azione pubblica e manifestazione negoziale di categoria, con la creazione degli enti bilaterali e il loro tentativo di sostenere il reddito e di avviare processi di formazione (150), i risultati non sono stati lineari. Per un verso, non è accettabile la vocazione del sistema pubblico a funzionalizzare ai suoi obiettivi gli enti e il negoziato sindacale, chiamati al confronto con le Regioni.

Per altro verso, gli enti bilaterali sono espressione dell'autonomia privata e, se non si vuole sacrificare la loro matrice culturale e il loro stesso significato, questa prospettiva deve essere valorizzata (151), di fronte alle tentazioni organicistiche (152). Tali

(148) V.: Leonardi 2008, 268 ss.

(149) V.: Napoli 2011, 200 ss.; Bellardi 1989, 37 ss.

(150) V.: Ferrante 2009, 918 ss.

(151) Per una difesa di tale dimensione privatistica, v. Napoli 2008, 337 ss.

(152) Sull'intreccio fra l'azione degli enti bilaterali e le disposizioni regolative di rinvio, ritenute talora tali da mettere gli enti stessi in una posizione di governo del mercato del lavoro, v. Proia 2006, 29 ss.; Torelli 2003, 243 ss.

strategie sono state perseguite con soluzioni confuse; ciascuna Regione ha conformato i trattamenti in deroga immaginando varie logiche di integrazione con le prestazioni di natura privata e con il frutto dell'iniziativa solidaristica di categoria (153). Se si accentua il ruolo regolativo delle Regioni, tale esito è inevitabile. Se il riconoscimento di un loro ampio spazio attua la sussidiarietà in senso verticale, queste traiettorie sono disarmoniche rispetto all'affermazione della pretesa sussidiarietà orizzontale, poiché le Regioni concepiscono in modo differente il raccordo con gli enti bilaterali, con una notevole varietà di strumenti regolativi. La difesa delle prerogative delle Regioni non si concilia sempre con la libertà degli enti bilaterali. Se mai, l'intreccio crea un quadro composito.

Gli enti hanno avuto slancio di fronte all'incombere di una stringente necessità di raccogliere risorse a difesa del reddito (154). Queste esigenze hanno dato impulso alla loro azione e ne ha rivalutato il profilo, non sempre privo di ombre, per il rischio di appesantimenti amministrativi, seppure di matrice contrattuale. È tradizionale il problema della natura delle clausole degli accordi sindacali e, nonostante si difenda il loro carattere normativo (155), tale concezione urta contro la piena valorizzazione della libertà sindacale negativa e della spontaneità nell'adesione al contratto e alle sue « creature », con la connessa riconduzione delle pattuizioni a quelle obbligatorie, nonostante le suggestioni dell'art. 10 della l. n. 30/2003 (156).

Il fare derivare la natura normativa delle intese dal loro semplice inerire a prestazioni di interesse dei lavoratori (157) sottovaluta la funzione organizzatoria degli accordi e il prevalere del profilo della costituzione (e dell'adesione) a un ente, frutto dell'autonomia sindacale. Se la distinzione fra clausole obbligatorie e normative non è sempre lineare, la costituzione concordata di organismi e la loro presentazione ai soggetti individuali si iscrivono nella parte obbligatoria (158), sebbene « l'indubbio carattere strumentale che » essa « ha per l'attuazione della parte normativa » possa

(153) V.: Bavaro 2010, 109 ss.

(154) V.: COMMISSIONE EUROPEA, *Draft joint employment report*, 23 novembre 2011.

(155) V.: Bavaro 2010, 120 ss.; Bellavista 1998, 476 ss.

(156) V.: M.G. Greco 2008, 92 ss.

(157) V.: Bavaro 2010, 120 ss.

(158) V.: Liso 2012, 55 ss., per una completa revisione del problema.

« determinare un indiretto riflesso di alcune clausole (...) anche su posizioni individuali di singoli prestatori di lavoro » (159).

Per quanto siano le più persuasive, simili conclusioni possono spiacere alle istituzioni più aperte verso queste esperienze, in particolare talune Regioni portate all'integrazione fra la sicurezza sociale e i contributi derivanti dai contratti. Questa sintesi può realizzare la sussidiarietà in senso orizzontale, se non è in discussione la spontaneità degli enti e della partecipazione a essi, in nome di una solidarietà non fatta emergere in modo coattivo, ma frutto della propensione dei gruppi e della loro capacità di persuasione. Per quanto sia intenso il bisogno dei prestatori di opere, la libertà è un valore irrinunciabile.

Norme come l'art. 19 del d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n. 2/2009, possono meritare un giudizio in parte positivo se si guarda all'integrazione fra risorse e prestazioni pubbliche e private, ma lasciano perplessità per « le possibili disparità tra lavoratori determinate dalla mancata adesione delle imprese ai rispettivi enti » (160), sebbene la disposizione sia « stata (...) corretta nel senso che, in mancanza dell'intervento integrativo di quegli enti, i lavoratori accedono direttamente ai trattamenti in deroga » (161). Anzi, lo stesso art. 19 ha creato un sistema complesso e con applicazioni talvolta incoerenti, per la difficile integrazione fra l'intervento dello Stato, delle Regioni e degli enti bilaterali. Se si registrano simili distonie in diverse discipline regionali (162), il raccordo fra enti e azione pubblica è precario, se non altro per le discrepanze nelle posizioni delle Regioni. L'unica strada per lasciare liberi i soggetti collettivi è l'autonomia fra le due sfere, quella pubblica e quella del contratto, senza commistioni forzate. La solidarietà di categoria deve essere aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alla difesa pubblica del reddito.

8. *Le proposte sui fondi definiti dai contratti collettivi.*

Il Governo ha pensato di dare uno spazio strutturato agli enti bilaterali, in funzione integrativa delle ridotte risorse pubblico,

(159) V.: M.G. Greco 2008, 92 ss.

(160) V.: Santoni 2011, 1264 ss.

(161) V.: Santoni 2011, 1264 ss., che richiama l'art. 7-ter, comma nono, lett. n), del d.l. n. 5/2009, convertito nella l. n. 33/2009.

(162) V.: Varesi 2011, 1298 ss.

ma a prezzo di snaturarne la logica, in una dimensione vincolata. Per il disegno di legge del 5 e 6 aprile 2012 (163), nell'ambito del negoziato nazionale, devono essere stipulati accordi, anche inter-settoriali, « aventi a oggetto la costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, con la finalità di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto (...) nei casi di riduzione o sospensione dell'attività (...) per cause previste dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria o straordinaria ». L'inserimento nel disegno regolativo dell'intervento convenzionale è quanto mai forte, poiché, a fronte della stipulazione delle intese, occorre un decreto ministeriale di natura regolamentare.

Per altro verso, nella loro integrazione reciproca, le previsioni contrattuali e quelle eteronome si devono collocare nello schema legale e imperniare sul modello noto dell'integrazione salariale ordinaria e straordinaria, con risorse private messe a disposizione del disegno pubblico, a dire il vero alquanto confuso, poiché manca una riforma complessiva della trama regolativa. L'obbligatorietà della partecipazione contrattuale contrasta con la tutela costituzionale della libertà sindacale e determina l'illegittimità della scelta (164), volta a una spoliazione coatta e irrazionale delle risorse private (165), oltre tutto in carenza di indicazioni univoche, poiché uno spazio eccessivo è lasciato ai decreti ministeriali, che « determinano, sulla base degli accordi, l'ambito di applicazione del fondo, con riferimento al settore (...), alla natura giuridica dei datori di lavoro e alla classe di ampiezza » (166).

Nel rispetto dell'art. 39, primo comma, Cost., per un verso è da escludere qualunque intervento regolamentare, a maggiore ragione in carenza di univoche indicazioni delle fonti primarie. Per altro verso, se avesse una strategia (e non è così), il legislatore dovrebbe evitare interferenze pesanti con la sfera dei soggetti collettivi e, se mai, dovrebbe incoraggiare libere iniziative, in luogo di imporne di coatte, in un disperato tentativo di correggere le lacune nella trama della protezione pubblica. In una sorta di espropriazione mediata da fonti regolamentari, il Governo vorrebbe pie-

(163) V. l'art. 42 del disegno di legge reso noto il 5 e il 6 aprile 2012.

(164) V.: Andreoni 2011, 367 ss.

(165) V.: Andreoni 2011, 367 ss.

(166) V. l'art. 42, terzo comma, del disegno di legge reso noto il 5 e il 6 aprile 2012.

gare i contratti a un velleitario disegno, teso a costringerli a inserire le loro clausole nello schema di istituti pubblici di protezione del reddito. Non a caso, i fondi sono obbligatori (167), almeno per i datori di lavoro che raggiungano un programmato numero di dipendenti.

Il problema non è la discriminazione fra le imprese in ragione della loro forza economica e della loro consistenza occupazionale. Il Governo dovrebbe considerare la centralità di una concezione liberale del contratto collettivo, ostile al suo inserimento coatto nel modello legale dell'integrazione salariale, ordinaria e straordinaria. Libero di pensare alle sue strategie di tutela del reddito e, se mai, consapevole del fallimento delle politiche degli ultimi decenni, lo Stato si dovrebbe guardare da questa sorta di reclutamento delle risorse dell'autonomia privata, la quale invoca il rispetto del modello previsto dalla Costituzione. Lontano da questa sintesi imposta con l'inefficienza e, pertanto, sottraendosi all'abbraccio perturbante del sistema pubblico, i contratti dovrebbero proseguire la strada delle loro spontanee sperimentazioni.

Il carattere obbligatorio delle nuove misure e l'inserimento nel modello di azione dell'Inps impediscono l'esplicarsi del dialogo sociale, il quale non può essere ridotto a finanziatore obbligato delle strategie istituzionali. Né il legislatore può determinare i contenuti degli accordi (168), poiché le rispettive clausole operano in una sfera di libertà. La volontà di omologare i negozi sindacali dimentica le attuali deteriori condizioni dell'intero sistema statale. Senza alcuna modificazione del contesto prescrittivo e nella piena consapevolezza di tutti i protagonisti, è di fatto scomparso qualunque elemento distintivo fra il trattamento ordinario e quello straordinario di integrazione salariale, perché il primo è stato concesso in modo consapevole per ipotesi di crisi strutturali (169), spesso irrimediabile, e per la dilazione dei licenziamenti, già programmati. Vi è stata una trasformazione indiretta della disciplina, con una tolleranza degli apparati amministrativi. Se per gli operatori è impegnativo destreggiarsi fra le indicazioni dei te-

(167) V. l'art. 42, settimo comma, del disegno di legge reso noto il 5 e il 6 aprile 2012.

(168) V. l'art. 42, ottavo comma, del disegno di legge reso noto il 5 e il 6 aprile 2012.

(169) V. COMMISSIONE EUROPEA, *Draft joint employment report*, 23 novembre 2011.

sti normativi nazionali e delle prescrizioni regionali, in un conculso succedersi di accordi, precisazioni, rettifiche e direttive, con la prassi eretta a sovrana regolatrice dei procedimenti, vi è da chiedersi quali prospettive vi siano di fare fronte a un attivismo incontrollato.

Nessuno può dire che cosa sia oggi il trattamento di integrazione salariale, né vi è chiarezza sul ruolo delle Regioni, alla ricerca dell'immagine sugli organi di stampa più della chiarezza dei principi ispiratori delle loro funzioni. A partire dall'autunno del 2008, a fronte delle convinzioni giuspositivistiche tradizionali nel nostro diritto, l'approccio dello Stato e delle Regioni è nemico del sistema e caratterizzato dall'improvvisazione. In apparenza, la prassi può fare piacere alle amministrazioni, alle organizzazioni dei datori di lavoro e a quelle sindacali, perché riporta tutto in un indistinto orizzonte dominato da intese occasionali. I rischi di questo metodo improvvisato sono evidenti, non tanto perché i flussi di risorse sono estranei a un controllo razionale, ma perché le procedure si sfrangiano in soluzioni episodiche, mediate da accordi appena abbozzati e dalla mediazione delle istituzioni. In ogni caso, lo Stato italiano ha mostrato il volto più confuso, alla ricerca di facile notorietà. Solo in apparenza le associazioni sindacali hanno acquisito centralità. In realtà, esse sono ai margini dello scenario produttivo e hanno rinunciato a fronteggiare i problemi, per differirne gli effetti.

Il quadro è abbastanza sconcertante. Per un verso, la sfida dei Paesi in via di sviluppo merita la massima attenzione e, per altro verso, la già compiuta disgregazione del diritto dello Stato lascia la giurisprudenza arbitra dei conflitti sociali. Vi è da chiedersi se ai soggetti collettivi possa fare piacere la sostanziale sovrannità dei giudici. Nello stipulare tante intese prodromiche alla richiesta e alla concessione del trattamento di integrazione salariale, ci si dovrebbe chiedere quale sia il contesto. Il diritto del lavoro percorre una strada di cui non è riuscito a definire i limiti e la meta.

9. *Il principio di sussidiarietà verticale e lo spazio delle Regioni.*

L'esplicarsi degli artt. 3 e 4 Cost. è una componente essenziale dell'ordinamento civile e ne è uno dei criteri ispiratori. Ne deriva una lettura restrittiva della locuzione « tutela e sicurezza

del lavoro » (170) propria dell'art. 117 Cost., poiché non vi può essere un diritto privato senza regolazione del lavoro e, per converso, essa è l'ordinamento civile della nostra società di capitalismo maturo. La concezione selettiva delle materie sulle quali opera la funzione concorrente delle Regioni non è dovuta a una generica preferenza per il diritto nazionale (171). La completa valorizzazione del lavoro deve essere affidata alla sua sede naturale, cioè all'ordinamento civile.

Se l'art. 117 Cost. vuole salvaguardare la coerenza del diritto, l'endiadi « tutela e sicurezza del lavoro » esclude i rapporti individuali o collettivi privatistici (172). L'oggetto della competenza concorrente è l'intervento pubblico sul mercato (173), quindi un ampio spettro di istituti, destinati a favorire l'incontro fra domanda e offerta e, comunque, a tutelare la persona, la dignità e le prospettive patrimoniali del prestatore di opere, prima dell'assunzione e dopo l'estinzione del rapporto (174). Anzi, l'art. 117 Cost. non riguarda i soli collaboratori subordinati, ma anche quelli autonomi. A fronte dello spostamento alle Regioni di mere competenze attuative, operato con la l. n. 59/1997 e con il decreto n. 469/1997 (175), l'art. 117 Cost. ha rafforzato l'intervento decentrato. Se esso non può interferire né con il rapporto, né con le relazioni sindacali, né con la previdenza, può regolare l'incontro fra la domanda e l'offerta.

È così superato il « decentramento meramente amministrativo » (176) voluto dalla l. n. 59/1997. Il passaggio a una competenza concorrente non solo sull'organizzazione, ma anche sulle funzioni ha determinato una svolta qualitativa. Nonostante questa cauta lettura dell'art. 117 Cost., si devono temere e, in parte,

(170) V.: Angiolini 2001, 15 ss.. Invece, sulla possibilità di configurare una potestà legislativa concorrente delle Regioni anche in tema di diritto privato del lavoro, v. Irti 2001, 702 ss.; Ballestrero 2001, 424 ss.

(171) V.: Nunin 2011, 407 ss.

(172) V.: D'Auria 2001, 753 ss.

(173) V.: Lassandari 2002, 238 ss., per il quale la « "tutela del lavoro" si riferirebbe alle tecniche di indirizzo della domanda come dell'offerta », mentre la « sicurezza del lavoro » atterrebbe a misure di carattere passivo, « volte a garantire il sostegno del reddito a beneficio di chi cerca occupazione ».

(174) V.: Loy 1988, 18 ss.; Ichino 1982, 86 ss.; De Cristofaro 1982, 79 ss.

(175) V.: F. Carinci 1999, 9 ss.; Rusciano 1999, 25 ss.; Tullini 1999, 20 ss.

(176) V.: Lassandari 2002, 240 ss.

si sono verificate diversità di trattamento rilevanti nei vari contesti regionali. Il Titolo quinto della Costituzione ha comportato un implicito impulso a un attivismo regionale e ha suggerito una modificazione del nostro ordinamento, abituato alle intersezioni fra strumenti amministrativi di governo del mercato e istituti di diritto privato, sull'intero collocamento, sui contratti con implicazioni formative, sull'assunzione dei disabili.

La responsabilità delle Regioni grava su questa dialettica fra protezione nel mercato e nel rapporto. Si è avvertito il rischio di una dissociazione di competenze fra lo Stato e le Regioni. Ciò ha messo in crisi una tradizionale strategia del nostro diritto, abituato a regolare il rapporto pensando al mercato (177). Del resto, la disciplina della formazione professionale è da attribuire alle Regioni, nel silenzio dell'art. 117 Cost. Il loro intervento non è impedito dall'art. 120 Cost., che vieta solo di porre « un ostacolo diverso e ulteriore rispetto a quelli che anche il lavoratore » della singola Regione « deve superare per accedere a un posto » (178). L'art. 120 Cost. preclude la creazione di svantaggi differenziali agli abitanti di altre Regioni; si può discutere sulla scelta di fondo di estendere le loro competenze, ma le differenze di regolazione sono inevitabili.

L'attuazione dei principi costituzionali è passata per le soluzioni locali, senza che si possa imporre una contraddittoria uniformità. La trama dei principi fondamentali ha visto un allargamento delle sue maglie (179), nonostante la previsione nell'art. 117 Cost. di una competenza statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. Infatti, « oggetto della disposizione non sono esclusivamente i “diritti sociali”, cioè quei diritti ai quali è tradizionalmente connessa una attività di prestazione da parte dei pubblici poteri, ma anche i “diritti civili” » (180). La norma ha un taglio generale, che lascia spazio alle iniziative nazionali, poiché « la nozione di “contenuto minimo essenziale” dei diritti fondamentali è utilizzata dalla Corte costituzionale come tecnica di

(177) V.: Salomone 2002, 146 ss.

(178) V.: Roccella 2001, 507 ss.

(179) V.: De Siervo 1997, 57 ss.; M. Luciani 1996, 21 ss.; Cerea 1997, 102 ss.

(180) V.: Rossi - De Benedetti 2002, 29 ss.

individuazione di “paletti” all’opera di bilanciamento dei diritti (...), al fine di limitare la discrezionalità » (181).

Lo Stato deve considerare lo spettro dei diritti sociali, in particolare con riguardo all’amministrazione erogativa (182), per esempio a proposito dei servizi all’impiego (183). Se è arduo identificare il contenuto minimo dei diritti, la legge nazionale deve specificare criteri orientativi, senza che, tramite la « determinazione dei livelli essenziali », sia vanificato il nuovo contenuto della competenza voluta dall’art. 117 Cost. Più che una chiarificazione dei canoni costituzionali (184), alla legge statale si chiede di introdurre parametri di dettaglio.

Invece, la previdenza è sottoposta alla competenza esclusiva dello Stato, mentre alle Regioni è assegnata la potestà concorrente sulla « previdenza complementare e integrativa » e sulla « tutela della salute ». Si discute se si possa « espungere (...) il tema dell’integrazione salariale dalla previdenza, per collegarlo alla tutela del lavoro e ipotizzare, così, su di esso una competenza (...) ripartita fra Stato e Regioni » (185), e al quesito si sono date risposte diverse (186). Le citate « prestazioni economiche (...) possono ritenersi afferenti all’area previdenziale per la loro correlazione con la disoccupazione » (187); tale nesso non è eliminato dalla l. n. 223/1991 e dalla contrapposizione fra l’integrazione salariale e l’indennità di mobilità (188), che ha a sua volta natura previdenziale (189). La previdenza comprende anche l’integrazione salariale, con una competenza esclusiva dello Stato, sebbene le Regioni possano disporre sulla formazione.

(181) V.: Rossi - De Benedetti 2002, 32 ss.

(182) V.: Mengoni 1998a, 2 ss.

(183) V.: Pastori 1993, 1082 ss.

(184) V.: Bin 1992, 73 ss.

(185) V.: Dondi - Zampini 2002, 184 ss.

(186) Sulla possibilità di collocare il tema dell’integrazione salariale nella materia del lavoro, cfr. F. Carinci 2001; Balandi 2001, 483 ss.

(187) V.: Dondi - Zampini 2002, 184 ss.

(188) V.: Cinelli 1982a, 164 ss.; Renga 1997, 6 ss.

(189) Cfr. Corte cost. 1° giugno 1995, n. 218, *FI*, 1997, I, 347.

10. *Il nesso fra politiche attive e passive di promozione e di difesa dell'occupazione.*

L'ordinamento italiano si è presentato all'appuntamento con la crisi con una notevole confusione istituzionale e con una attuazione approssimativa della sussidiarietà in senso verticale; fino a pochi mesi fa e a partire dalla fine degli anni '90, il perno delle politiche attive erano le amministrazioni provinciali, di cui si vuole la soppressione. Non pare il contesto migliore ... per combattere *Hannibal ad portas*, se i protagonisti del collocamento devono difendere la loro sopravvivenza, con la possibile confluenza in altre istituzioni. Non è chiaro come si possa reagire ai drammatici disagi delle persone disoccupate o in procinto di diventarlo, se non si sa neppure quale soggetto dovrebbe intervenire.

La devoluzione allo Stato della previdenza non è l'unico cardine di una credibile strategia, se lo stesso Stato ha rinunciato a occuparsi del collocamento, a favore di ... un soggetto indeterminato o, meglio, di uno noto, ma del quale si vuole la scomparsa. Non vi può essere una completa separazione fra le politiche attive (190) e quelle passive. Se le prime lasciano molti interrogativi (191), non solo nelle Regioni a statuto ordinario, la cesura fra l'esercizio dei poteri inerenti al superamento delle difficoltà aziendali e quelli di collocamento (192) sarebbe foriera di disastri annunciati, con una attuazione unilaterale del principio di sussidiarietà. Le Regioni operano sul versante delle politiche passive (se si consente una simile locuzione semplificata), nonostante la previdenza sia esclusa da quelle di competenza concorrente. Ciò è confermato dalla devoluzione delle funzioni sui trattamenti in deroga (193).

Se la crisi è un momento di passaggio epocale, essa invoca un giudizio stabile, volto alla ricerca di un differente equilibrio, e il ricorso esteso alla deroga è il contrario. La proposta di eliminare le province mostra la confusione del Governo, pronto ad abbando-

(190) V.: Grandi 1988, 137 ss.

(191) V.: Liso 2008, 610 ss.

(192) Sul richiamo del contratto di somministrazione in una logica di aiuto al reinserimento delle persone estromesse dalla loro precedente collocazione professionale, da ultimo v. il d.lgs. n. 24/2012 e la l. n. 191/2009.

(193) V.: Moro 2011, 427 ss.

nare le strategie del recente passato, in un frenetico rincorrere di un nuovo indeterminato. L'attuale precarietà ha solo messo in luce la singolarità dell'art. 117 Cost., orientato a dare risalto all'una o all'altra istituzione, con formule scelte un po' a caso, in luogo di una ripartizione equilibrata delle funzioni e delle risorse. Se la protezione del reddito è ambito di previdenza e se le Regioni operano in tema di collocamento e di assistenza, un nesso deve essere immaginato. Per ora, il riequilibrio è stato parziale e il ricorso alla deroga ha sottolineato la centralità delle Regioni dovuta a una concentrazione occasionale di attribuzioni instabili. Una soluzione certa passerebbe attraverso la revisione dell'art. 117 Cost., o nel senso dell'auspicabile ritorno a un maggiore centralismo, o nel completamento della riforma regionalista, con maggiore lucidità. Le soluzioni intermedie non hanno molto respiro.

Se le prestazioni previdenziali devono essere disegnate dallo Stato, a tutela dell'uguaglianza, le politiche di contrasto alla disoccupazione e l'attuazione degli interventi di integrazione salariale devono coinvolgere chi si occupa dei servizi per l'impiego, se non altro perché sia possibile realizzare le prestazioni indicate dall'art. 3 del decreto n. 181/2000 (194), da annoverare fra le norme sui livelli essenziali, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost. (195). Non si vuole proporre una difesa a oltranza delle competenze regionali, poiché le relative azioni sono state spesso opache (196). Però, se l'art. 117 Cost. accentua il loro spazio (197) e se tale indicazione rimane ferma, almeno nel medio periodo, le attribuzioni relative devono guardare a tutti i versanti, con il governo delle crisi collegato all'impostazione di misure di sostegno ai disoccupati. Senza questa valorizzazione della sussidiarietà (198), i servizi non hanno molte prospettive.

Se è difficile pensare a un fattivo contributo privato (199) (e questo è stato latitante, nonostante l'invito del d.lgs. n. 276/2003) (200), almeno sia identificata l'istituzione responsabile ed

(194) V. l'art. 59, lett. a), del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(195) V.: Liso 2002, 595 ss.; Alaimo 2009, 97 ss.; Lambertucci 2004, 1157 ss.

(196) Per una vision più ottimistica, v. Varesi 2002, 121 ss.

(197) V.: Napoli 2002, 343 ss.; Magnani 2002, 645 ss.

(198) V.: Carinci 2006, 1496 ss.

(199) Per una concezione più ottimistica, v. Tullini 2012, 575 ss.; Olivelli 2003, 1 ss.

(200) V.: Napoli - Occhino - Corti 2011, 113 ss.

essa si possa muovere su tutti i fronti. Se si sottolinea la trasformazione del collocamento in un servizio e si allontana la sua concezione autoritativa (201), l'intervento pubblico deve essere visto in una logica di efficienza e di semplificazione. A prescindere dal dubbio destino delle province, non è pensabile una modificazione repentina dell'art. 117 Cost. Se le competenze regionali sono così garantite (202), fermo il potere dello Stato di sancire i livelli minimi di prestazioni (203), poco importa quanta fiducia riscuotano le Regioni e se siano state vanificate le speranze sorte alla fine degli anni '90. Si deve riconoscere il loro ruolo, in nome della tendenza alla concentrazione, così che gli enti responsabili possano avere le informazioni e lo spazio di iniziativa sufficienti. Sarebbe illusorio vedere nel collocamento, seppure rinnovato, il punto di svolta per il superamento della crisi. Peraltro, da esso non si può prescindere, se non si vuole lasciare il lavoratore su un mercato nel quale già risente della ridotta protezione previdenziale. Si può discutere sull'aiuto garantito oggi, ma lo Stato-comunità non può rinunciare ai servizi per l'impiego.

11. *Le iniziative formative.*

Di fronte al prorompere di difficoltà occupazionali diffuse e che investono prestatori di opere qualificati, di buona istruzione e con competenze di un certo livello, si potrebbe pensare alla formazione quale strumento in grado di redistribuire le occasioni, con una dichiarata centralità delle Regioni. Non convince la ricerca esasperata di diritti sociali, senza che vi sia una prestazione da ottenere, tanto meno in una prospettiva di tutela giurisdizionale. La ricostruzione di un modello più coerente di intervento pubblico non dipende dalla declinazione di diritti senza protezione e di fronte ai quali si colloca l'incapacità radicata dell'amministrazione. Se mai, occorre una proporzione realistica fra risorse e opportunità. La formazione si colloca per lo più sul versante dei fallimenti ripetuti nel mediare fra la domanda e l'offerta, a fronte di ingenti finanziamenti. Il nostro Paese dovrebbe partire dalla ri-

(201) V.: Liso 2004, 373 ss.

(202) V.: Canavesi 2009, 340 ss.

(203) V.: Napoli - Occhino - Corti 2011, 179 ss.

flessione sullo stato precario dell'istruzione, non solo universitaria. Di questo disagio, la formazione non è l'alternativa, ma una aggravante.

Del resto, colpisce « lo iato tra la retorica che promana dai documenti e dalle disposizioni, oltre che dagli esercizi di ingegneria istituzionale, e la cruda realtà in termini di ineffettività, di effetti non desiderati del sistema formazione, o di istituti connessi, per esempio l'apprendistato » (204). La sussidiarietà ha portato a un panorama istituzionale travagliato e, se si guarda ai risultati e non all'affermazione dei diritti, il disoccupato (o chi teme di diventarlo) non trova nella docenza un supporto realistico, ma promesse con scarse prospettive. Il nostro sistema tutela i formatori e i loro consulenti più di quanto non vada in soccorso dei prestatori di opere.

Nel commentare le « carte dei diritti », si è avvertito che si può desumere « l'affermazione di un diritto sociale, priva di specificazioni prescrittive in ordine ai soggetti gravati dell'onere di renderlo effettivo, individuati infatti in maniera indeterminata e aperta (pubbliche autorità, imprese e parti sociali) » (205). Vi è da chiedersi che senso abbia un diritto senza obbligati e, in fondo, senza una predeterminazione precisa della prestazione. Ancora prima, ci si può domandare se lo spiazzamento progressivo dei lavoratori italiani trovi una alternativa credibile nella formazione. Anzi, « anche nella società della conoscenza, ancora oggi come nel futuro prevedibile, continuerà a esistere una grande quantità di posti (...) a bassa produttività, di attività (...) per il cui svolgimento è richiesto il possesso di professionalità elementari » (206), poiché non si può correre il rischio di « ostracizzare proprio i posti (...) più consoni ai segmenti più deboli » (207). L'impatto della crisi non si rivolge solo o in via prioritaria alle fasce alte del mercato, comunque colpite. Se mai, lo spiazzamento riguarda anche le persone che, per limiti culturali, non sono in grado di occupare ruoli di elevato livello e sono in cerca di posizioni di minore impegno.

Questo processo è in corso e il nostro Stato non è in grado di

(204) V.: Caruso 2007, 48 ss.

(205) V.: Roccella 2007, 221 ss.

(206) V.: Roccella 2007, 225 ss.

(207) V.: Sestito 2002, 192 ss.

contenerlo. Nonostante i periodici e un po' ipocriti inni delle associazioni sindacali, la formazione non rimedierebbe affatto a questa situazione, se anche essa fosse eseguita in modo più serio di quanto in media accade. Se Platone non era un profondo conoscitore della formazione, lo era dell'educazione e del suo valore fondativo; nel Simposio, all'inizio della narrazione fa dire a Socrate: « sarebbe bello, Agatone, se la sapienza fosse qualcosa che può scorrere, al semplice contatto, dal più pieno al più vuoto di noi, come attraverso un filo di lana l'acqua scorre dalla tazza più piena a quella più vuota ». Se la formazione non può riequilibrare il mercato, a essa non si può pensare in termini meccanicistici, senza guardare al suo stato, talora un po' desolante e, per altro verso, ai suoi limiti oggettivi e all'impossibilità di raggiungere gli obbiettivi più ambiziosi. La formazione dovrebbe fare sorgere qualche opportunità. Purtroppo, non ci riesce.

Lo spiazzamento dei prestatori di opere con minori ambizioni e con più contenute risorse culturali li mette in una condizione di debolezza, poiché vi è una diminuzione delle corrispondenti occasioni, con segnali sconfortanti, accresciuti negli ultimi mesi e con una sorta di crescente concorrenza fra frange di lavoratori italiani e quelli extracomunitari. Ciò non trova una alternativa nella formazione, che non è il perno del modello di sicurezza sociale, se mai da impostare in modo più realistico in funzione di una tutela del reddito. Assicurato un livello di istruzione migliore di quello attuale, il sistema pubblico dovrebbe riflettere sulle sue inefficienze. Rivista quale uno dei tanti strumenti delle politiche attive e sottratta a voraci operazioni talora più speculative che didattiche, la formazione può avere maggiore spazio di quanto ne abbia oggi, ma in un futuro abbastanza lontano.

Gli eccessi di fiducia nascondono un errore, generoso, ma di prospettiva; qualunque sia la causa della crisi, non si può soddisfare l'aspirazione di tutti di reperire una collocazione gratificante. Il rischio è opposto, di disilludere le ambizioni di chi ha cercato di raggiungere il modello di vita del ceto medio e può temere di essere respinto. A fronte dell'avvento di risorse tecnologiche sempre più in grado di contenere il ricorso alla manodopera (208), l'avvertimento di Platone suona un po' sinistro, come

(208) V.: Carabelli 2004, 35 ss.

monito ad accettare le occasioni professionali, ma più sicure. In questo ripiegare verso condizioni sociali depredate sta la componente più malinconica del nostro destino, di naufraghi dalla convinzione di assistere all'inarrestabile progresso delle imprese. Per quanto si possa avere fiducia nella sussidiarietà, il tessuto istituzionale è un correttivo limitato, non un antidoto ai mali profondi della struttura produttiva. Essi non hanno cure facili, tanto meno se si preferisce guardare ai simboli che allo sfrangiarsi del sistema economico in tanti insuccessi parziali e nella correlata, insuperabile situazione di duratura insicurezza.

12. *Il segno più evidente di disarticolazione del sistema, i trattamenti in deroga.*

La difficoltà del nostro ordinamento di affrontare la crisi già sul piano dell'articolazione istituzionale è stata una delle ragioni della scelta di questi anni, il notevole spazio riservato ai trattamenti di integrazione salariale e di mobilità in deroga, con la devoluzione alle Regioni di un ampio ambito, quasi a volerlo saldare con l'esercizio delle attribuzioni in tema di formazione, di politiche attive e di mediazione nei conflitti collettivi. Nati prima dell'incominciare di queste difficoltà economiche, i trattamenti in deroga sono il segno della disarticolazione del sistema, sebbene sia difficile pensare a un differente modello. Di fronte a bisogni diffusi e in allargamento, sono apparsi discutibili i modelli tradizionali. Evidenti postulati di giustizia distributiva avrebbero imposto una ristrutturazione complessiva, alla ricerca di equilibri universalistici.

La risposta non è stata la revisione, ma la valorizzazione del passato, con l'impostazione delle novità principali sulla base della deroga. Conservazione e confusione si sono coniugate, con le sperimentazioni delle Regioni unite agli istituti abituali, mantenuti nel loro assetto, seppure con evoluzioni informali, come la scomparsa nella prassi della distinzione fra i trattamenti ordinari e straordinari di integrazione salariale. Del nostro diritto la deroga è un simbolo, basata sull'episodio e sulla definizione di fattispecie ulteriori, con il rifiuto del cambiamento completo o, meglio, con una innovazione parziale e precaria, senza cesure. In questa provvisorietà, la deroga è l'espressione ultima dell'incapacità di porre in termini secchi gli interrogativi della giustizia.

Già prima del 2008, la deroga è stata l'alternativa al cambiamento lineare e, con una riallocazione delle competenze a livello regionale, aveva denotato l'incapacità di proporre un modello stabile di sicurezza, con l'apertura al negoziato consociativo e ai compromessi. La deroga è il rifiuto di vedere i lineamenti strutturali della crisi, bisognosi di un ripensamento globale sul senso dell'azione pubblica; si sono preferiti cambiamenti parziali, con la difficoltà delle imprese a destreggiarsi nelle differenti regolazioni regionali. Unita all'inevitabile valorizzazione della sussidiarietà in senso verticale, la deroga ha impedito una diagnosi oggettiva della gravità della crisi, non tanto per le inclinazioni del sistema politico e per le sue tentazioni di autodifesa elettorale, quanto per l'incapacità generale dello Stato-comunità di trovare le risorse culturali necessarie. Non a caso, almeno nelle posizioni più ingenui, la deroga si è accompagnata al rifiuto dei licenziamenti, con l'ostentazione di una fiducia non meditata, sul carattere transitorio delle difficoltà. Come si è pensato che nessun lavoratore dovesse essere allontanato dalla sua precedente collocazione professionale, così si è guardato alla salvaguardia delle fattispecie note, richiamate perché conosciute.

La difesa delle liste di mobilità, del trattamento ordinario e di quello straordinario di integrazione salariale e dell'indennità di disoccupazione (209) è stata la riaffermazione della fiducia in un modello italiano, proposto come bisognoso di meri aggiustamenti. Il piegare gli istituti a necessità nuove con l'allargamento dei presupposti per il godimento delle prestazioni e con l'ampliamento del numero dei soggetti da tutelare ha moltiplicato le differenze. Deroga e difesa della centralità (un po' immaginaria) dell'industria ha significato conservazione, con il rifiuto di vedere l'articolarsi del bisogno nei prestatori di opere delle imprese commerciali, dei tanti esercizi pubblici esposti alla contrazione dei consumi, delle società cooperative abituate a partecipare ad appalti sempre meno promettenti, per la stessa ridotta solvibilità dei commitenti. Se il diritto fallimentare ha favorito il ricorso abituale a forme vergognose di concordati preventivi, volti a proteggere le grandi aziende, a spese di chi, forniti i servizi e i beni richiesti, ha avuto il solo torto di ... scegliere il debitore sbagliato, la deroga è

(209) V.: La Terza 2008, 194 ss.

l'emblema del rifiuto di vedere la crisi nei suoi lineamenti oggettivi, di radicale trasformazione del sistema produttivo, con la perdita di credibilità delle imprese di maggiori dimensioni, cui spesso è consentito riversare sui creditori il danno della loro imprevidenza.

La crisi dovrebbe essere una occasione di selezione delle imprese, in funzione del loro merito, non con la promessa dell'impunità. Non si è voluto vedere il dramma delle piccole aziende, non tutte propense a una illegittimità diffusa, e più bisognose di aiuto, nelle loro ristrutturazioni. La difesa dei piccoli imprenditori e dei loro dipendenti sarebbe stato l'impegno prioritario di un Governo che avesse voluto la tutela del livello dei consumi e dell'articolazione del sistema produttivo. Conservazione e scarsa comprensione per la parità di trattamento hanno portato a un regime confuso, in cui i tradizionali beneficiari della sicurezza sociale hanno continuato a ricevere le risorse più significative. È rimasto silente il principio di uguaglianza, cui la deroga è ostile in sé.

Senza il proliferare delle piccole imprese e se esse non sono accompagnate verso una accettabile legittimità, il nostro Paese non ha molte speranze. Né ha senso concentrare gli sforzi sulle grandi aziende, esposte alla concorrenza straniera, se non sono inserite in un contesto di collaborazione e di contributi creativi. La deroga salvaguarda il modello abituale di sicurezza e non coglie l'impatto più brutale della crisi, che ha messo a repentaglio un grande numero di aziende piccole. Non vi è da adattare, ma da cambiare, all'insegna del principio di uguaglianza. Si assiste a una sorta di rottura del sistema delle imprese, con una divaricazione drastica fra quelle escluse dalla possibilità di competere e quelle in grado di affrontare la concorrenza, con ragionevoli probabilità di successo e con accettabile legittimità. Il nostro diritto deve essere selettivo nell'affrontare il destino dei soggetti economici, garantendo la sopravvivenza sulla base del merito.

Questa frammentazione non è superabile in pochi anni, con una separazione rigida, a seconda delle risorse finanziarie e dell'organizzazione. La sorte dell'impresa si collega alla sua capacità di rispondere alla sfida della trasformazione. Al diritto compete discriminare con metodi attendibili e trasparenti chi possa restare sul mercato. Non ha senso un riferimento generico alle imprese, se non si coglie la loro crescente distinzione in senso verticale. Al contrario, il bisogno dei prestatori di opere non può essere diver-

sificato sulla base della condizione dei datori di lavoro. Si deve tutelare le imprese in modo differente e soccorrere i prestatori di opere nel rispetto dell'uguaglianza. Tali indicazioni sono contraddette dal ricorso alla deroga, apportatrice di continuità.

Il ricorso alla deroga non è stato imposto dall'ultima crisi, ma è stato di poco successivo all'entrata in vigore della l. n. 223/1991, tanto che « le distinzioni e separazioni tra i vari ammortizzatori e l'insuperabilità di tempi prefissati durarono (...) solo un attimo o forse nemmeno un attimo, perché alla scadenza dei singoli interventi, dicendo che ci sarebbero stati fatti imprevedibili, si ammise subito la sommatoria con l'uso di un ammortizzatore al posto dell'altro e i tempi furono prorogati. Si può dire che la l. n. 223/1991 non è mai entrata veramente in funzione » (210). La storia dell'evoluzione normativa è quella di un antisistema, se si consente di denominare così l'improvvisazione costante (211). Il cambiamento recente è stato nella « spiccata tendenza all'universalizzazione dei trattamenti, la quale » è « in contrasto con l'interpretazione minimalista di quanti ritenevano la nuova disciplina degli ammortizzatori (...) “una riforma tarata sull'emergenza” » (212).

La confusione non giustifica una lettura riduttiva (213); l'affidamento alla deroga delle sorti dei prestatori di opere è stato un tentativo approssimativo (214). Il collegamento fra politiche attive e passive e il ruolo delle Regioni hanno portato a trattamenti diversi (215). I provvedimenti hanno cercato « di adoperare la parte maggioritaria delle risorse per l'estensione degli ammortizzatori piuttosto che per la proroga degli stessi verso chi ne aveva già goduto a titolo ordinario » (216), con un convulso intreccio fra indicazioni nazionali, iniziative regionali, accordi fra lo Stato e le Regioni e intese collettive. Se mai, la proroga si è resa inevitabile e ha acquisito maggiore spazio negli ultimi mesi, per il radicarsi delle difficoltà occupazionali.

Così, la deroga ha sviluppato in senso più universalisti-

(210) V.: Miscione 2007, 710 ss.

(211) V.: Miscione 2012, 5 ss.

(212) V.: M. Barbieri 2011, 380 ss., con la citazione di una frase dell'On. le Sacconi.

(213) V.: Miscione 2007, 710 ss.

(214) V.: M. Barbieri 2009, 83 ss.; Sgroi 2009, 155 ss.; La Terza 2010, 756 ss.

(215) V.: M. Barbieri 2011, 383 ss.

(216) V.: M. Barbieri 2011, 383 ss.

co (217) le misure di protezione del reddito (218), per ridurre gli spazi di mancata tutela di molti lavoratori, per fattori estranei alla loro sfera di controllo, come la natura del datore di lavoro. È sorprendente la parziale realizzazione di ispirazioni universalistiche con la deroga, strumento antitetico rispetto al fine (219). Tali percorsi non hanno contrastato con la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato alle imprese (220), perché gli effetti relativi sono indiretti (221). Quindi, i provvedimenti in tema di deroga sono il possibile punto di partenza per una costruzione più articolata, che voglia superare il contingente. Sarebbe difficile farlo senza considerare la posizione centrale delle Regioni, la vocazione universalistica del trattamento, il suo rivolgersi al lavoro in quanto tale (222) e la considerazione incidentale delle imprese.

Un altro profilo emerge dalle riflessioni di chi condivide la professione del dubbio socratico e si chiede che cosa possa dire un giurista sulle ragioni della crisi, concludendo come « sia gravemente sottovalutata la questione del rapporto tra livello di domanda aggregata e domanda di lavoro » e come « si pensi al mercato (...) in maniera astratta » (223). Nonostante questa crisi abbia una componente di spiazzamento dei lavoratori, per il possibile rifiuto di collocazioni produttive difformi dalle aspirazioni individuali, il problema non è solo questo e le componenti strutturali e durature sono pesanti (224). La rottura del sistema delle imprese e l'allontanamento da condizioni di legittimità e di redditività di molte aziende pregiudicano nel lungo periodo le aspirazioni dei prestatori di opere, riducendo le loro opportunità in modo stabile, anche nell'Italia settentrionale.

(217) V.: Treu 2002, 545 ss.

(218) V.: Varesi 2011, 1298 ss.

(219) V.: Tiraboschi 2010, 335 ss.

(220) V.: M. Barbieri 2011, 399 ss.

(221) In senso diverso, v. Pessi 2010, 326 ss.; Pallini 2009, 353 ss.

(222) V.: Ferrante 2009, 924 ss.

(223) V.: M. Barbieri 2011, 396 ss., che soggiunge: « sarebbe stato necessario riflettere sul fatto che la migliore politica attiva del lavoro può rendere (per ipotesi limite) tutti i percettori di ammortizzatori sociali in deroga egualmente occupabili — egualmente tra loro e con qualunque altro disoccupato o inoccupato disponibile sul mercato del lavoro —, ma potrebbe non riuscire, nelle condizioni della crisi, a riuocerne neanche uno (o più probabilmente neanche uno nelle Regioni del Mezzogiorno, dove la distruzione della capacità produttiva è più difficile da recuperare) ».

(224) V. COMMISSIONE EUROPEA, *Draft joint employment report*, 23 novembre 2011.

La combinazione fra politiche attive e passive è una conseguenza del principio di sussidiarietà in senso verticale, ma non è la soluzione prioritaria. Se anche le prime fossero eccellenti, e non lo sono, non per questo il mercato troverebbe da solo un equilibrio. Sebbene sia stata un *topos* del nostro ordinamento almeno da venti anni, negli ultimi mesi la deroga ha avuto una funzione consolatoria. Essa è stata concepita in linea con il preteso carattere transitorio e rimediabile dei problemi, in attesa dell'imporsi delle auspiccate e poco probabili sorti progressive del nostro sistema. Tale visione ottimistica non persuade e occorre richiamare i criteri generali della giustizia, a fronte di una contrazione strutturale delle occasioni di lavoro e del peggioramento significativo del loro livello qualitativo medio.

Ci si deve avviare a un riequilibrio doloroso, il quale porterà a una diversa distribuzione delle occasioni, con rischi di turbative irreparabili ai danni delle imprese meno efficienti e più esposte all'insolvenza altrui. Non vi è solo uno spiazzamento congiunturale fra domanda e offerta, ma una tensione stabile. In questo senso, la rinuncia alle pensioni di anzianità non è stata meditata. La deroga non è la soluzione, se non si discute di una temporanea turbolenza, ma della distribuzione su larga scala delle opportunità di sopravvivenza e di benessere delle imprese e di una contrazione duratura della domanda. Il diritto dovrebbe guardare a criteri proporzionati di riallocazione del sostegno pubblico. La regolazione ha fatto affiorare il tema; sarebbe stato troppo pretendere una sua composizione. Non è persuasivo chiedersi se la deroga stessa confermi o contraddica il principio assicurativo (225); la domanda è perspicua, ma la risposta si colloca su un altro piano, una nuova concezione universalistica.

ALCUNE COORDINATE
DI UN NUOVO SISTEMA DI TUTELA DEL REDDITO

13. *Il cosiddetto principio di condizionalità.*

Ha avuto ampio risalto negli ultimi interventi in deroga l'art. 19, comma decimo, del d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n.

(225) V.: Pessi 2010, 326 ss.

2/2009, sul collegamento obbligatorio fra il godimento di qualsiasi trattamento di sostegno del reddito e l'immediata disponibilità al lavoro o all'avvio di un percorso di riqualificazione (226); la cosiddetta « condizionalità » (227) è « istituzionalizzata quale requisito essenziale del rapporto giuridico previdenziale, in maniera da incidere direttamente sulla fruizione del diritto » (228). Il principio si presta a varie letture e non ha solo una dimensione promozionale, ma sottintende un controllo indiretto sulla necessità dell'intervento pubblico.

Prevale la visione più benevola (229), sulle auspiccate implicazioni positive della condizionalità, quale aiuto alle politiche attive, rese obbligatorie nella convinzione della loro efficacia, affinché l'intervento pubblico non si articoli solo nella tutela del reddito, ma miri alla riqualificazione, per il superamento dello spiazzamento presente sul mercato (230). Questa interpretazione è la più vicina all'intento del legislatore storico, ma lascia scettici (231). Il collegamento fra gli istituti previdenziali e la promozione all'occupazione (232) non ha avuto particolari successi e il principio di condizionalità non dovrebbe aiutare molto. Se mai, le azioni di ricollocazione dovrebbero essere mirate e selezionare destinatari credibili. La debolezza delle nostre politiche attive non suggerisce la loro universalità, ma fa preferire iniziative credibili perché settoriali.

Se si vuole « un *welfare* capace di proteggere dalle vecchie e nuove forme di insicurezza (...) senza (...) effetti disincentivanti sull'offerta di lavoro » (233), si dovrebbe essere sicuri del carattere congiunturale della crisi, mentre vi è da dubitarne. Se la difficoltà è stabile e non si collega solo all'impossibilità di un proficuo incontro fra domanda e offerta, la condizionalità non aiuta. Alle politiche attive non spetta fronteggiare una contrazione duratura delle opportunità di occupazione. Si può discutere di quali percorsi pro-

(226) V.: D. Garofalo 2010, 37 ss.

(227) V.: Liso 2008, 609 ss.

(228) V.: Santoni 2011, 1269 ss.

(229) V.: Liso 2009, 713 ss.; Varesi 2011, 1303 ss.; cfr. già Lagala - Liso 2006, 675 ss.

(230) Sul senso di simili interventi, v. Treu 2001, 170 ss.; Cinelli 2009, 467 ss.

(231) V.: M. Barbieri 2011, 396 ss.

(232) V.: Liso 2008, 608 ss.

(233) V.: Treu 2001, 170 ss.

fessionali debbano essere oggetto di iniziative formative, in uno stato di incertezza sul futuro delle imprese. La condizionabilità è un riflesso della fiduciosa visione della tutela del reddito, che dovrebbe rimediare a un difetto transitorio del nostro sistema.

Poi, se l'obbiettivo non è di aiuto al lavoratore, ma vi è lo « intento di evitare il prevalere di atteggiamenti di tipo passivo » (234), per sottolineare come il sostegno del reddito non possa diventare una condizione permanente, la condizionalità non vuole rafforzare l'efficienza delle politiche pubbliche, ma persegue una effettiva giustizia, con il contrasto di comportamenti elusivi o disinvolti. I beneficiari sarebbero avvertiti del carattere provvisorio delle misure e queste ribadirebbero la loro struttura solidaristica, con una piena disponibilità del percettore. Nonostante si cerchi di combinare le due concezioni della condizionalità (235), il tentativo non convince. O si predilige una visione ottimistica, di rafforzamento delle azioni di ricollocazione (e se ne postula l'efficacia), o si pensa all'art. 19, comma decimo, del d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n. 2/2009, come al perfezionamento della giustizia distributiva, a presidio della necessità del sostegno e in contrasto a comportamenti parassitari. In tale seconda logica, non vi è tanto un problema di potenziamento e di estensione del numero dei beneficiari delle iniziative formative, ma di valorizzazione del significato della salvaguardia del reddito, affinché sia preservata la meritevolezza dei destinatari.

Oggi, entrambe queste finalità lasciano qualche dubbio. Il principio potrebbe portare a esiti controproducenti. Chi ha discusso del nesso fra protezione del reddito e lavoro irregolare (denunciando prassi illecite e note) ha messo in guardia dal ripetere l'esperienza contrastata dei lavori di utilità sociale, dalla scarsa capacità promozionale. Sono state forme di precaria collocazione, con una sorta di concorrenza rispetto alle assunzioni, anche presso le amministrazioni (236). Si può discutere sull'opportunità di conservare la condizionalità fra le coordinate di un sistema riformato della sicurezza sociale e, a rischio dell'impopolarità, l'art. 19, comma decimo, del d.l. n. 185/2008 non persuade troppo. Le

(234) V.: Varesi 2011, 1304 ss.

(235) V.: Varesi 2010, 213 ss.

(236) V.: Miscione 2007, 727 ss.

azioni speculative di lavoratori e imprese volte alla costituzione di rapporti irregolari in pendenza del sostegno al reddito non trovano alcuna efficace interdizione. Si dovrebbe fare ricorso a iniziative ispettive molto più semplici e capillari (237). Infatti, l'art. 19 non è l'antidoto a condotte illecite. La garanzia della trasparente condizione di bisogno deve essere data dalla repressione delle violazioni, senza che sistematici interventi di ricollocazione possano supplire all'inerzia o alla compiacenza degli enti previdenziali.

Per converso, se vogliono avere qualche speranza di successo, le azioni di ricollocazione e di formazione non devono avere un taglio generale e non devono partire da una implicita componente sanzionatoria o repressiva, ma si devono impennare sulla spontanea partecipazione dei beneficiari, cui l'aiuto deve essere offerto, non imposto. Non vi è nulla di coercibile nella ricerca di una diversa posizione di lavoro e questa non si può presentare come una sorta di corrispettivo della tutela del reddito. La consapevolezza del bisogno è l'unica premessa di una effettiva iniziativa di autopromozione individuale. Il disoccupato deve volere la fine della sua condizione, affinché i suoi tentativi abbiano una prospettiva di successo. L'idea di imporre il lavoro o gli sforzi di reperirlo contraddice la comune esperienza.

Se la partecipazione attiva al mercato è adempimento di un dovere, il collocamento e la formazione non hanno molta speranza. Le istanze di giustizia distributiva non passano per il citato art. 19, ma per la riduzione della durata del sostegno pubblico, in primo luogo con la contrazione dei periodi di integrazione salariale, e con la parallela estensione del numero dei destinatari. Se si accetta la dimensione universalistica della sicurezza (238), viene meno il presupposto di una onnicomprensiva applicazione della condizionalità. Del resto, le nostre amministrazioni non sono in grado di offrire i loro servizi a tutti i disoccupati, né avrebbe molto senso un reclutamento coatto, quando la politica attiva postula una condivisione spontanea, in una logica cooperativa (239) e non autoritaria. Viziato da una concezione un po' oppressiva dell'azione amministrativa, il principio di condizionalità sotto-

(237) V.: Miscione 2007, 727 ss.

(238) V.: Lagala - Liso 2006, 675 ss.

(239) V.: Alaimo 2009, 103 ss.

stima il numero delle persone interessate, la natura strutturale della crisi, la difficoltà della promozione di tutti i disoccupati.

A fronte della richiesta da parte dei potenziali datori di lavoro di apporti dal dichiarato tratto personalizzato, le istituzioni devono rispettare l'imparzialità anche nella loro attività erogativa (240). Nonostante meritori sforzi di modernizzazione delle amministrazioni, queste devono assicurare opportunità paragonabili, se non identiche per tutti. Di fronte a imprese così attente al merito individuale, allo spirito di cooperazione, alla duttilità dell'apporto di ciascun dipendente, è ostica l'immagine di un ente pubblico neutrale. I servizi all'impiego male si conciliano con i canoni costituzionali. Nonostante il massimo impegno, una istituzione (proprio per la sua originaria missione) ha difficoltà a espletare un servizio senza una matrice « burocratica ». Tali problemi si acuiscono in situazioni di scarsa intensità della domanda, dove inevitabili tensioni accrescono la pressione sociale. Se le imprese non chiedono un qualsiasi lavoratore, ma un dipendente in grado di soddisfare esigenze complesse e con crescente personalizzazione, sempre meno può fare una istituzione; almeno, non si vedano le politiche attive come corollario obbligatorio della percezione di un trattamento previdenziale. Se così fosse, la condanna all'insuccesso sarebbe automatica. Al contrario, il Governo ha ripreso con energia il principio di condizionalità (241), e « il carattere di congruità del nuovo impiego offerto si abbassa sensibilmente, visto che il parametro reddituale è offerto non più della retribuzione precedentemente goduta, ma dalla indennità di disoccupazione » (242).

14. *Semplicità dell'approccio amministrativo e vocazione universalistica delle prestazioni previdenziali.*

Gli interventi di protezione del reddito dovrebbero mirare alla massima semplicità, per ambire a un discreto livello di efficienza, nel contesto desolante dell'amministrazione italiana, mentre norme come l'art. 19 del d.l. n. 185/2008 hanno creato un pa-

(240) V.: Alaimo 2009, 57 ss.

(241) V. l'art. 65 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(242) V.: Giubboni.

norama complesso, con interferenze dello Stato, delle Regioni e dell'intervento degli enti bilaterali. Mi si invita a guardare con maggiore fiducia al raggiungimento di esiti più vicini di quelli conseguiti in altri ordinamenti (243), ma, se essi non possono essere considerati in questo contesto, per ovvie ragioni di tempo, il punto di partenza deve essere lo stato sconfortante del nostro panorama istituzionale, in cui, lungi dall'essere promotore di miglioramenti del tessuto economico, il sistema pubblica è il massimo debitore insolvente. Le misure previdenziali toccano aree nevralgiche, al confine del bisogno, se non della povertà, e dovrebbero garantire linearità e rapidità, affinché le esigenze dei lavoratori siano soddisfatte in un breve tempo. La fantasia delle Regioni nell'impostare i trattamenti in deroga (244) e la loro stessa concezione, cioè l'eccezione in nome di condizioni settoriali, non si sono accompagnate alla chiarezza. Non vi è stata alcuna ricerca della sintesi nell'evoluzione normativa successiva al 1991 (245), dominata dalla frammentarietà. Lo stato dell'azione amministrativa è incompatibile con moduli troppo sofisticati, se non altro per la parziale integrazione fra gli istituti di protezione del reddito e il collocamento (246).

Infatti, « il perseguimento di politiche (...) di sicurezza attiva dal lato dell'offerta può coadiuvare, mai sostituire, neanche parzialmente, le politiche redistributive *ex post* », sebbene si ragioni sempre in una logica di pretesa integrazione fra tali due profili (247). La differenza strutturale fra gli interventi previdenziali e l'azione sul mercato milita a favore della semplificazione. Infatti, la linearità dovrebbe giovare all'efficacia. Se l'ultima fase dell'evoluzione dei trattamenti in deroga sottolinea in parte la vocazione

(243) V.: Lassandari.

(244) V.: M. Barbieri 2011, 398 ss.

(245) V.: Miscione 2007, 725 ss.

(246) V.: Renga 2006, 325 ss.; D. Garofalo 2004, 72 ss.

(247) V.: Renga 2006, 286 ss., per cui, però, « per sicurezza attiva si intende la creazione di una creta di servizi locali che operino sul territorio garantendo, nell'ambito di politiche di indirizzo elaborate a livello nazionale: l'integrazione sociale nelle situazioni a rischio di esclusione, attraverso prestazioni calibrate sulle caratteristiche delle condizioni di bisogno peculiari degli interessati; la formazione, il mantenimento e lo sviluppo delle competenze professionali; politiche dell'impiego dirette all'inserimento del lavoratore sul mercato; il coinvolgimento attivo dei soggetti destinatari delle prestazioni, attraverso una combinazione equilibrata di diritti e di responsabilità individuali ».

universalistica, essa entra in conflitto con concezioni personalizzate dei servizi all'impiego.

Di fronte alla giustizia redistributiva, la condizione dei lavoratori deve essere vista alla stregua dell'uguaglianza, naturale punto di riferimento del soccorso economico. I servizi per l'impiego faticano a trovare un punto di equilibrio fra credibilità organizzativa e rispetto dell'imparzialità. Le diverse misure cercano di soddisfare i bisogni individuali, alla stregua delle potenzialità. Ciascun dipendente chiede un aiuto per sé e vuole prestazioni capaci di reperire il frammento della domanda in grado di soddisfare le sue necessità, in una logica competitiva. Lo stesso vale per le imprese, in modo simmetrico e con una intensità persino maggiore. A prescindere dalla debolezza dell'amministrazione, l'integrazione fra politiche attive e prestazioni previdenziali non è possibile oltre certi limiti, per la separazione degli strumenti, l'uno costruito su fattispecie astratte, alla ricerca di maggiore uguaglianza, l'altro sulla personalizzazione (248).

Si dice che « la concorrenza rende obsoleta qualunque politica sociale e salariale di tipo egualitaristico basata su vecchi modelli » (249); per quanto siano efficienti le politiche attive, la crisi delle imprese non dipende dalle competenze dei dipendenti e il reperimento di occasioni professionali non si risolve nel perfezionamento dei meccanismi di incontro fra domanda e offerta. La tesi opposta è irrealistica, prima di essere distonica dall'art. 38 Cost. Le risorse pubbliche non devono essere « indirizzate a migliorare e a rendere ugualmente concorrenziali sul mercato i singoli » (250). Tale scopo non è solo ardito, ma in contraddizione con la logica personalistica dei servizi all'impiego. Se guardano alle competenze di ciascuno, non rendono i prestatori di opere in grado di affermarsi allo stesso modo, ma secondo le loro competenze differenti.

Se le indicazioni comunitarie sono state considerate incerte nel regolare il nesso fra politiche attive e strumenti passivi (251), il collegamento deve essere pieno sul versante organizzativo, in nome del principio di sussidiarietà, ferma la distinzione fra il ser-

(248) V.: Hemerijck 2002, 204 ss.

(249) V.: *Libro bianco sul welfare. Proposte per una società dinamica e solidale*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Roma, 2003, 5 ss.

(250) V.: Streeck 2000, 14 ss.

(251) V.: Giubboni 2005, 9 ss.; Giubboni 2005, 172 ss.; Renga 2006, 285 ss.

vizio e le prestazioni previdenziali. Però, queste non possono scomparire, come dimostra la crisi, per nulla congiunturale e neppure dovuta alla difficoltà di incontro fra l'offerta e la domanda. Oggi, la libertà professionale è tutelata (252), ma il mercato non giunge all'equilibrio. La protezione delle persone ha luogo con interventi economici correttivi ed essi devono avere la durata e l'intensità compatibili con le risorse, ma proporzionati all'incapacità del sistema economico di soddisfare le pretese dei disoccupati.

L'azione pubblica non deve solo facilitare il funzionamento del mercato, ma rappresentare una alternativa credibile ai suoi insuccessi. Quindi, deve optare per modelli lineari e, nonostante il criterio di sussidiarietà, la protezione del reddito deve essere semplice e separata rispetto agli interventi assistenziali. Il ritmo della vita è incerto anche per coloro che esercitano con successo la loro libertà economica e persino per quelli che, al limite con aiuti formativi, raggiungono livelli di relativa eccellenza. Il corretto dipanarsi del sistema non esclude il bisogno, ma lo crea, come accade in qualunque contesto civile. Le prestazioni previdenziali restano centrali e sono alternative ad altre azioni pubbliche. Al contrario, un nesso intenso fra politiche attive e tutela del reddito è al centro delle proposte del Governo (253).

15. *La separazione fra previdenza e assistenza.*

Si è suggerito che la necessità di una « uniforme garanzia, su tutto il territorio nazionale, di misure di sostegno volte a realizzare la libertà dal bisogno del cittadino potenzialmente abile, ma involontariamente disoccupato, potrebbe configurare un adeguato e coerente completamento di un rinnovato sistema di ammortizzatori sociali, da realizzare attraverso una strategia integrata di servizi che si avvalga (...) tanto di strumenti di politica attiva (...) quanto di misure idonee a garantire (...) un adeguato sostegno del reddito » (254). Seppure argomentata in modo puntiglioso, la tesi non convince (255), a prescindere da rilievi applicativi e, cioè,

(252) V.: Supiot 2003, 211 ss.

(253) V. l'art. 59 ss. del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(254) V.: Bozzao 2011, 621 ss.

(255) V.: Cinelli 2000, 41 ss.; Ales 2001, 981 ss.

dallo stato di inefficienza della nostra amministrazione. Se l'integrazione fra le politiche attive e la tutela del reddito non è né naturale, né produttiva, poiché le due funzioni hanno obiettivi separati, non vi è ragione per una equiparazione forzata fra assistenza e previdenza. Si ribatte che l'inoccupazione dovrebbe essere equiparata alla disoccupazione in nome dell'eventuale disponibilità all'inserimento attivo nel contesto produttivo (256).

Anche chi ha svolto una attività ed è diventato disoccupato può fare ricorso agli strumenti assistenziali, qualora ve ne siano le condizioni, quanto meno dopo la fine del periodo di applicazione di quelli previdenziali; non convince l'osservazione per cui « i lavoratori, intesi come coloro che esercitano o hanno esercitato in passato una attività (...), in ragione della loro abilità (...) rischiano di vedersi privati » della tutela assistenziale (257). Nel definire i beneficiari, essa deve considerare la persona e riguardare le sue potenzialità; ciò non significa né introdurre un reddito di cittadinanza, né proporre un regime peggiorativo per chi abbia partecipato ai processi economici, ma solo proteggere dal bisogno senza incentivare l'inerzia. La delimitazione dei presupposti per l'assistenza non può essere condotta in nome dell'equiparazione alla tutela del reddito ottenuto sul mercato, salvo confondere chi voglia cercare e coloro che abbiano perso una condizione professionale. Ciò non può avere luogo né in nome di una sopravvalutazione del principio di condizionalità, né di una integrazione innaturale fra politiche attive e intervento previdenziale.

Gli inoccupati possono chiedere assistenza, qualora ve ne siano i presupposti, e una strategia complessiva di ordine politico volta allo sviluppo economico e con un soccorso alla loro posizione, con i servizi all'impiego o con forme di incentivazione all'assunzione. La tutela di un reddito inesistente in nome della partecipazione a processi di formazione implicherebbe il reddito di cittadinanza. Al contrario, definita la tutela previdenziale per i disoccupati, in relazione alla loro precedente collocazione, l'assistenza opera su un piano diverso e non considera la collocazione lavorativa, ma le intrinseche difficoltà individuali. Le idee opposte non vogliono allargare la platea dei beneficiari degli strumenti

(256) V.: Bozzao 2011, 619 ss.

(257) V.: Bozzao 2011, 619 ss.

previdenziali, ma trasformarli in assistenza. Questa strategia faciliterebbe solo il lavoro irregolare, cui darebbe il massimo impulso.

Mentre esiste un rischio oggettivo di perdere la preesistente condizione professionale, è diverso il pericolo di non acquisirlo. Il rimedio consiste nella complessiva politica economica e nella capacità individuale di autopromozione e di presentazione sul mercato. La tutela solidaristica non deve riguardare il semplice insuccesso, ma condizioni di bisogno derivanti da *deficit* individuali. La riproposizione in termini diversi del reddito di cittadinanza si espone alle stesse critiche, di incentivo alla passività sociale e all'inganno sistematico, ai danni dell'impegno faticoso di quanti affrontano i sacrifici del fare senza gravare sulla comunità. Non si può paventare alcun effetto automatico di « autoesclusione dalla protezione sociale qualificata » (258), se si riflette sul rapido reperimento di collocazioni professionali da parte dei lavoratori extracomunitari.

Non si può allargare il perimetro del concetto di prestatore di opere fino a « estendere la (...) capacità inclusiva non solo verso coloro che hanno visto risolto/sospeso il proprio rapporto (...), ma anche a tutela di quanti, pure non avendo mai avuto accesso al sistema produttivo o essendone stati espulsi ormai da lungo tempo, mostrano concreta disponibilità a entrarvi » (259). Essa non può avere nessuna rilevanza, non solo perché indimostrabile e inconsistente, ma perché la sua valorizzazione è irrealistica, in un Paese che ospita milioni di lavoratori extracomunitari. La previdenza deve essere distinta e non accomunata all'assistenza, a favore della linearità dell'azione pubblica, fermo un collegamento organizzativo, in nome del principio di solidarietà verticale.

Mi è stato obiettato che si dovrebbe avere attenzione per le esperienze di altri Paesi, per esempio la Francia, così che la sperimentazione di forme di reddito di inserimento o di inclusione potrebbe essere funzionale a percorsi personalizzati di varia natura, per esempio lavorativa o formativa (260). A prescindere dal fatto che si può discutere sulla capacità delle nostre amministrazioni di competere con quelle straniere e di raggiungere gli stessi livelli di

(258) V.: P. Sandulli 2003, 430 ss.

(259) V.: Bozzao 2011, 620 ss.

(260) V.: Giubboni.

efficienza, tali « percorsi » sono per definizione personalizzati e, cioè, se vogliono avere speranze di successo, mirati sulla ricognizione delle residue capacità individuali o delle competenze da sviluppare. Pertanto, un supporto finanziario in tali iniziative sarebbe in precaria conciliazione con una logica universalistica e con lo stesso criterio di imparzialità dell'azione amministrativa. È più ottimistica, ma lascia scettici l'idea per cui potrebbe avere spazio la « integrazione virtuosa tra politiche di sostegno del reddito e attive di inclusione » (261), con una rivalutazione non dell'applicazione italiana del principio di condizionalità, ma di una sua declinazione possibile e inattuata « virtuosa », che nascerebbe « dall'integrazione, purché effettiva, tra sostegno al reddito e politiche attive efficienti ed efficaci » (262). A tacere di modelli stranieri, tale concezione appartiene all'utopia e contrasta con lo stato del nostro disegno istituzionale.

Non convince la pretesa necessità di una « visione integrata di strumenti previdenziali e (...) assistenziali, di prestazioni e servizi, di prevenzione e riparazione » (263). L'integrazione fra funzioni diverse non giova; a fronte di un omogeneo contesto istituzionale, l'efficienza dipende dalla semplificazione, in nome della distinzione dei piani. Per presupposti e finalità, previdenza e assistenza sono differenti e tali devono restare. Se, poi, le condizioni finanziarie dovessero migliorare e se le premesse per il ricorso al supporto pubblico dovessero diventare più estensive, si dovrebbe considerare il rischio di disincentivare il lavoro e, se mai, estendere lo spazio dell'assistenza, senza confusioni con la tutela del reddito. La protezione di uno mai percepito non è assistenza, ma beneficenza.

Va in discussione la stessa idea di « una rete di servizi decentrati di cura, assistenza, inserimento, formazione » (264); di fronte alla miseria dell'amministrazione, questa « rete » sembra un velleitario insieme di prestazioni differenti. Se mai, rispetto a ciascuna, si dovrebbe mirare alla massima efficienza. Né si comprende quale sia il nesso fra la formazione e la cura delle persone e perché esse dovrebbero essere integrate. È vero che « la finalizzazione del si-

(261) V.: Giubboni.

(262) V.: Giubboni.

(263) V.: Cinelli 2005a, 241 ss.

(264) V.: M. Paci 2005, 135 ss.; Renga 2006, 289 ss.

stema di sicurezza sociale alla rimozione dell'accadimento che ha cagionato una condizione di bisogno rende imprescindibile una diversificazione della protezione (...) fondata sulle caratteristiche che contraddistinguono i diversi eventi lesivi » (265), ma tale persuasiva osservazione è in contraddizione con l'invito all'integrazione. L'impostazione di ciascuna attività deve guardare al suo senso specifico e alla compatibilità fra costi e benefici. Questi ultimi devono andare alle persone in difficoltà, non a chi si candida alla progettazione di velleitari sistemi integrati privi di possibilità di successo.

Lungi dalla logica dirigistica e illiberale dell'integrazione forzata fra servizi differenti, al principio di sussidiarietà in senso verticale (266) si deve congiungere quello orizzontale, con l'apertura all'iniziativa privata, in spirito di collaborazione con il sistema pubblico, affinché questo possa recuperare credibilità. La l. n. 328/2000 ha scarsa capacità di selezionare i beneficiari e le forme di intervento e concepisce l'universalismo come declaratoria di aspirazioni irrealizzabili. Un merito della crisi è il richiamo alle compatibilità e alla comprensione di ciò che i soggetti pubblici possono realizzare, non solo progettare. La programmazione astratta non aiuta di fronte al bisogno crescente, che non vuole integrazione di servizi, ma risposte a necessità precise. Qui sta la sfida dell'assistenza.

16. *I contributi, le prestazioni previdenziali e il principio assicurativo.*

Il potere del legislatore e i condizionamenti internazionali emergono con riguardo al tema del finanziamento degli interventi di tutela del reddito, a maggiore ragione se essi dovessero assumere quel taglio universalistico invocato dall'evoluzione ultima dei trattamenti in deroga. L'invocare il ricorso alle risorse fiscali (267) è in controtendenza con l'ultima parabola del nostro ordinamento, con un ulteriore appesantimento della pressione tributaria, senza alcuna perequazione nella selezione dei tradizionali destinatari del

(265) V.: Paci 2005, 135 ss.

(266) V.: Giubboni 2005b, 167 ss.

(267) V.: Treu 2002, 545 ss.

prelievo. Per costoro, è irrealistico un peggioramento ulteriore, a prescindere dalle sue implicazioni sulla contrazione dei consumi. Ancora una volta, di fronte al tema del finanziamento, il giurista non può fare molto di più se non rimettere l'analisi ad altre discipline, se mai ricordando come il reperimento delle risorse non trovi ostacolo in una concezione assicurativa in senso privatistico della sicurezza sociale.

Infatti, « il “rischio” rileva, ormai, soltanto come motivo che induce il legislatore, per la natura di determinati eventi e per le conseguenze che ne possono derivare, a predisporre una forma di tutela a favore dei soggetti che si vengono a trovare in situazioni di “bisogno socialmente rilevante” » (268). Tale spiegazione ineccepibile del nesso fra la condizione di debolezza e la misura protettiva (269) lascia la norma libera nella ricerca della giustizia distributiva. Manca una nozione oggettiva e imperativa di bisogno. Se l'obbligazione contributiva e quella di erogazione della prestazione non presentano un nesso di corrispettività, ma « ambedue (...) sono imposte unicamente e immediatamente per la soddisfazione di un interesse pubblico » (270), la dissociazione fra il reperimento delle risorse e le forme di tutela non è né eccezionale, né contro il sistema, ma in funzione del governo della sicurezza e, cioè, del suo preordinarsi verso obiettivi di politica economica, nello stabilire sia il destinatario dell'obbligazione contributiva, sia il beneficiario degli istituti solidaristici. Il superamento del nesso di corrispettività è uno dei fondamenti del nostro ordinamento. Alcune conseguenze sono evidenti, con la perdita progressiva di coerenza dell'approccio normativo, e con il trionfo dei trattamenti in deroga, quasi il simbolo del manifestarsi diretto del potere legislativo, fuori da ogni programmazione. Una logica assicurativa avrebbe imposto maggiore ordine.

In una riforma, non avrebbe senso riproporre criteri di corrispettività, e una simile scelta sarebbe antistorica (271), a maggiore ragione in una fase di contrazione strutturale della domanda di

(268) V.: Persiani 1985, 16 ss.

(269) V.: Balandi 1986, 527 ss.; Renga 2006, 54 ss.

(270) V.: Persiani 1960, 95 ss.

(271) V.: Persiani 1996, 57 ss., sull'inidoneità del sistema contributivo in tema di trattamenti pensionistici a fare riemergere un preteso nesso di corrispettività fra l'obbligazione contributiva e la tutela previdenziale.

lavoro. Occorrono due modelli stabili, seppure senza vincoli reciproci, quello destinato a stabilire chi debba pagare i contributi e quello volto alla selezione dei destinatari della tutela. Sul primo versante, nel breve periodo, la scarsa liquidità delle imprese e la forte pressione fiscale, in un orizzonte dominato dalla contrazione dei consumi, non lasciano molta scelta. L'invito a un incremento della pressione tributaria sembra oggi una provocazione. I vincoli esterni non sembrano modificabili; se mai, il problema è razionalizzare la misura dei contributi, senza che si creino ulteriori ostacoli alle aziende.

Il sistema del futuro non deve mirare all'autosufficienza ed è molto delicato stabilire quali risorse debbano essere destinate, in un momento di significativa revisione peggiorativa della regolazione delle pensioni. Per la disciplina restrittiva di quelle di anzianità e per il carattere strutturale della crisi, una logica universalistica della salvaguardia del reddito dovrebbe fare privilegiare tale area di spesa, anche per l'impatto negativo dell'innalzamento dell'età pensionistica. Se si ascoltano i forti gemiti di disperazione provenienti dal mercato, deve essere reputata centrale la protezione delle condizioni di vita serena di molte persone, che chiedono interventi previdenziali, molto più di un sostegno attivo alla loro ricollocazione. Infatti, la crisi non postula un aiuto al funzionamento del mercato, ma, prima di tutto, un supporto diretto e stabile a chi ne è espulso.

La dimensione strutturale delle difficoltà invita alla protezione della stabilità della vita dei lavoratori, affinché vi sia il tempo per una vasta riconversione produttiva, non tanto in nome del potenziamento delle risorse tecnologiche e culturali individuali, quanto all'insegna della comprensione delle future dinamiche produttive e del riallineamento rispetto a occasioni ancora incerte. A differenza di quanto accaduto alcuni lustri fa, le vittime odierne non sono solo prestatori di opere di basso livello formativo e con conoscenze obsolete o con scarsa capacità di adattamento alle modificazioni tecniche. La disoccupazione riguarda anche persone di alta cultura e con eccellenti capacità, con raffinate conoscenze e con la partecipazione a un sistema relazionale adeguato. A volere semplificare, questa crisi investe la media e l'alta borghesia e ne mette in discussione le opportunità di redditi non solo alti, ma persino accettabili.

Quanto più si è convinti della connotazione strutturale della

difficoltà, tanto più si guarda alla difesa della vita individuale e familiare; anzi, questi obiettivi dovrebbero essere realizzati senza alcun aumento degli obblighi contributivi e senza ulteriori attacchi all'equilibrio dei conti economici delle imprese. Per fortuna, non spetta al giurista sciogliere una equazione con tante incognite; un elenco delle divergenti necessità non è irragionevole, poiché si traduce nella descrizione delle concomitanti condizioni di debolezza sociale ed economica, intrecciate in questa fase di estrema tensione. Su un punto il diritto può e deve prendere posizione, senza rinviare ad altre discipline. La crisi non impone prima di tutto il potenziamento delle politiche attive (comunque da non sopprimere), ma la garanzia relativa della stabilità di vita e di consumi.

Questo obiettivo è stato perseguito dal 2008 in poi con la facilitazione nel ricorso ai trattamenti di integrazione salariale. Tali strategie dovrebbero essere superate in una riforma di più ampio respiro. Però, se la contrazione della domanda è strutturale, non ha senso affrontarla cercando di fare funzionare meglio il mercato. Un simile disegno presupporrebbe la convinzione, non persuasiva, della relativa stabilità della domanda. Le imprese non cercano dipendenti diversi da quelli che loro si presentano, ma hanno situazioni perduranti di disagio, in molte aree produttive. In questo scenario preoccupante, la protezione previdenziale è basilare.

17. *I modelli contrattuali e la tutela previdenziale.*

Un punto di arretratezza del nostro sistema di tutela del reddito è l'impreparazione nel proteggere le persone con rapporti diversi da quello a tempo indeterminato e pieno, nonostante il loro proliferare, per una precisa, seppure criticabile scelta prescrittiva. Infatti, « i lavoratori impiegati con contratti di durata prefissata tendono (...) a sperimentare una bassa copertura dal punto di vista delle forme di sostegno al reddito, in quanto in genere sono soggetti a carriere brevi e discontinue, e quindi mancano dei necessari requisiti di anzianità aziendale o contributiva » (272), con una sintesi impietosa, ma ineccepibile. Proiezioni statistiche met-

(272) V.: Dell'Aringa 2011, 250 ss.

tono in luce la gravità della questione (273), con un ampliamento rilevante della minaccia di povertà. Sul punto, si intreccia la profonda iniquità del metodo tradizionale di protezione con la penuria di risorse per un ravvedimento, di fronte a un fenomeno in grado di minacciare le condizioni di vita di una significativa aliquota dei prestatori di opere. Il prezzo non è solo l'inadeguatezza complessiva degli interventi di salvaguardia del reddito, ma la disarticolazione del tessuto sociale, con una contrapposizione ingiustificata fra i derelitti e i tutelati.

È stato facile dire che, « di fronte alle trasformazioni del mercato (...) verificatesi negli ultimi anni, il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia è stato (...) più volte criticato per (...) incapacità a sostenere il reddito di tutti i disoccupati: si è cioè verificato un progressivo “scollamento” tra la dinamica del mercato (...) e il sistema di tutele (...) previsto in caso di disoccupazione » (274), con il disinteresse colpevole delle associazioni sindacali e degli organi parlamentari per chi è stato costretto, in misura crescente, a forme di lavoro diverse da quello a tempo indeterminato e pieno. Quanto più esse si sono diffuse, tanto più la salvaguardia del reddito sarebbe dovuta cambiare (275). Il risultato è stato ed è incivile, poiché non ha senso condannare al rischio di povertà chi, per una determinazione regolativa strategica, è costretto a fronteggiare l'energico invito delle imprese a stipulare contratti a esse più favorevoli. Il bisogno del dipendente prescinde dal modello negoziale cui sia stato costretto (276).

L'espressione rapporti « flessibili » è ormai entrata nel lessico abituale, nonostante non abbia alcuno specifico significato, non solo perché la locuzione è priva di forza evocativa (277), ma anche in quanto questa pretesa categoria unificante riassumerebbe nozioni diverse, dal lavoro a tempo determinato a quello a tempo parziale, dall'apprendistato al contratto di somministrazione, dal lavoro intermittente a quello ripartito, nonostante la notevole diversità strutturale e funzionale di ogni figura (278). Ancora peg-

(273) V.: Berton - Richiardi - Sacchi 2009, 37 ss.

(274) V.: Dell'Aringa 2011, 250 ss.

(275) V.: Freedland - Contouris 2002, 563 ss.

(276) V.: Dell'Aringa - Lucifora, 2009, 59 ss.

(277) V.: Dell'Olio 2005, 104 ss.

(278) V.: Ghera 1996, 123 ss.; Mazziotti 2001, 1113 ss.

giore è il termine rapporti « atipici », frutto di una evidente svista, poiché tutti i contratti ricompresi in questo concetto sono tipici, in quanto dotati di un nome e di una disciplina integrativa, oltre tutto per lo più inderogabile.

A prescindere da questa disputa lessicale, l'ultimo ventennio ha visto l'affermarsi progressivo (e vi è da chiedersi se inarrestabile) di figure riconducibili al lavoro eterodiretto, ma contrassegnate da differenze prescrittive, spesso tese alla valorizzazione di interessi dell'impresa. Oggi, l'autonomia individuale si confronta con la pretesa di governare il mercato con la selezione di modelli negoziali, per sovvenire all'una o all'altra esigenza operativa (vera o pretesa) e per incoraggiare, qualificare o sorreggere l'occupazione. La libertà delle parti deve essere messa in collegamento con l'autorità della legge e con le sue disposizioni, aumentate di numero e rese più complesse, ma rimaste inderogabili.

La stessa articolazione interna del negozio fa sorgere una questione di uguaglianza e di proporzione fra i diversi modelli e l'idea unitaria di subordinazione, affinché si possa stabilire se tali differenze abbiano una giustificazione e non contraddicano il fine di tutela dell'intero diritto del lavoro. Il criterio di uguaglianza sostanziale rimanda alla razionalità (279). La vocazione protettiva del diritto del lavoro porta a chiedersi se i fini perseguiti siano coerenti con gli artt. 4 e 35 Cost. e se la « flessibilità » valorizzi la persona (280). Infatti, se « non può negarsi aprioristicamente spazio all'autonomia individuale, tanto nella scelta dei modelli, che anzi a essa va interamente riservata, quanto nel “riempimento” di ciascuno » (281), le tutele « sembrano dovere restare proprie dell'ordinamento » civile, chiamato a disegnare « “insiemi” determinati ed equilibrati » (282).

Si può discutere della possibilità di governare il mercato con la manipolazione degli schemi contrattuali (283); anche quelli che, nel passato, hanno avuto maggiore successo, come è stato per il rapporto di formazione e lavoro, non hanno creato occasioni aggiuntive, ma hanno solo facilitato assunzioni comunque program-

(279) V.: Mazzotta 2005, 182 ss.

(280) V.: Ghera 1999, 492 ss.

(281) V.: Dell'Olio 2005, 104 ss.

(282) V.: Dell'Olio 2005, 104 ss.

(283) V.: D'Antona 1990a, 540 ss.

mate. Ora, occorre indagare sugli effettivi interessi salvaguardati (284). Per lo più, le figure « flessibili » soddisfano obiettivi organizzativi del datore di lavoro (285), ma non permettono un incremento dell'occupazione, le cui dinamiche quantitative sono condizionate dai processi economici, e non dalle scelte prescrittive. L'aumento del numero degli istituti rafforza l'autonomia individuale, poiché ciò conferisce maggiore libertà di scelta all'impresa (286). Lo stesso non si può dire per il prestatore di opere, sottoposto al condizionamento del datore di lavoro, in virtù del suo ovvio potere economico.

Il moltiplicarsi dei modelli si traduce in un sostegno indiretto all'autonomia individuale (287). Il tentativo del legislatore di incidere con la prefigurazione di schemi derogatori asseconda l'una o l'altra aspirazione delle imprese (288), con rapporti più promettenti e coerenti con le loro esigenze (289). Se l'autonomia collettiva non ha fatto molto per ridurre il lavoro precario, per la radicata convinzione per cui l'interesse degli occupati potrebbe essere realizzato a scapito di quello delle persone in cerca di una collocazione professionale, la tutela del reddito avrebbe dovuto constatare che il proliferare di schemi negoziali impone conseguenze rigorose.

La risposta non può essere data dai trattamenti in deroga, sebbene questi siano una confusa replica anche a simili questioni. Se mai, l'ordinario meccanismo di protezione avrebbe dovuto equiparare tutti i prestatori di opere, senza che la scelta dell'impresa si traduca in una posizione di svantaggio ingiustificato rispetto all'intervento pubblico. L'accettazione di un rapporto diverso da quello a tempo indeterminato e pieno non è affatto indice di demerito sociale e, al limite, invoca una tutela più intensa, non il suo affievolimento, se non si vuole una sperequazione stabile fra chi accede alle opportunità del rapporto a tempo indeterminato e chi ne resta escluso, sia nell'esecuzione del contratto, sia nella salvaguardia del reddito. La sicurezza avrebbe dovuto rendere accet-

(284) V.: Perulli 2002, 357 ss.; D'Antona 1990b, 11 ss.

(285) V.: Proia 2002, 435 ss.

(286) V.: Mazzotta 1991, 489 ss., e 2001, 219 ss.

(287) V.: Alleva 2003, 887 ss.

(288) V.: Zoli 2004, 359 ss.; Mazzotta 2003, 265 ss.

(289) V.: Napoli 2004, 586 ss.

tabile la cosiddetta « flessibilità ». Al contrario, il sommarsi di debolezze nei confronti degli stessi soggetti li ha resi marginali rispetto all'azione politica e sindacale e, di fronte alla crisi, li ha condannati non tanto alla poca protezione, quanto alla povertà, senza nessuna ragione appagante dal punto di vista etico e dei criteri costituzionali.

18. *La selezione dei destinatari dei trattamenti previdenziali.*

È stato facile concludere che « la diffusione del lavoro cosiddetto “flessibile”, senza un congruo adeguamento degli schemi di mantenimento del reddito in caso di perdita dell'occupazione, ha indotto alcuni osservatori a parlare di dualismo nel mercato (...), con un segmento primario formato da una maggioranza di lavoratori molto tutelati, bene pagati e a basso rischio di licenziamento e un segmento secondario di lavoratori, con minori tutele, diritti e retribuzione, che quasi sempre funge da “porta di accesso” al mercato (...), ma che a volte si trasforma in una trappola, a causa delle difficoltà (...) ad accedere al segmento primario » (290). Il rischio è accentuato da questa crisi, poiché il suo impatto immediato è stato proprio nei confronti delle aree meno protette, per la riduzione del ricorso agli appalti, l'allontanamento dei prestatori di opere con rapporti a tempo determinato e di somministrazione, la fine senza sbocchi dei rapporti a progetto. Solo in teoria in tali contesti i lavoratori hanno eccellenti opportunità di successo in giudizio, poiché, nei fatti, abbastanza di rado decidono di agire, per l'inerzia delle stesse associazioni sindacali, propense a ridurre le conseguenze indirette sui dipendenti più tutelati e, comunque, non sempre in grado di dare voce agli emarginati.

In un contesto di normali dinamiche produttive, il cosiddetto segmento della minore o minima protezione sarebbe la « porta di accesso » alla più estesa salvaguardia. A prescindere da una valutazione etica ed economica sul necessario passaggio per l'area di scarsa protezione al fine di approdare a condizioni di più accentuata salvaguardia, è singolare il fatto che si congiungano a favore degli stessi beneficiari le tutele di stabilità del rapporto e quelle della sicurezza sociale. Queste ultime dovrebbero avere non solo

(290) V.: Dell'Aringa 2011, 153 ss.

una logica universalistica, ma un accentuato fine di redistribuzione, cercando di considerare in via prioritaria i prestatori di opere meno protetti nel rapporto.

Gli istituti previdenziali dovrebbero partire dal riconoscimento di queste situazioni di disagio (291), se non si vogliono sommare, da un lato, le forme di protezione e, dall'altro, le ragioni di debolezza, in nome di una pretesa e irrazionale priorità dei dipendenti delle grandi o medie imprese industriali, sulla base della storia del nostro diritto, tanto nota, quanto sconfortante. Se si riconoscono due « segmenti », l'intervento pubblico li deve avvicinare, in nome di sentimenti di giustizia (292). L'opposta tendenza è all'insegna di una palese iniquità, non modificata neppure dalle vaghe proposte di riforma. Né può essere condivisa la deprecabile e protratta inerzia delle associazioni sindacali, che hanno pensato di rappresentare solo i componenti del segmento più salvaguardato, senza considerare come il bisogno dovrebbe indirizzare forme evolute di promozione degli interessi.

In un contributo dal titolo intelligente (293), si richiama la dimensione etica del problema, il suo nesso stretto con la riflessione sulla tutela del reddito secondo la giustizia distributiva (294) e la correzione, non l'accentuazione degli squilibri insiti nell'articolazione dei modelli negoziali e nelle prospettive di successo delle azioni giudiziali. Per i prestatori di opere più esposti su tale fronte, l'impatto della crisi è stato immediato e l'appartenere al cosiddetto segmento della minore protezione non è stato la « porta di accesso » all'altro contesto, ma, se mai, alla povertà, senza adeguate correzioni. Subito dopo il decreto n. 276/2003, si è rilevato, con una sorta di profezia sulle implicazioni di una crisi ad ampio raggio, che la « tutela del reddito si assesta per un verso sui meccanismi propri dell'assicurazione contro la disoccupazione, nella sua originaria impostazione di protezione (...) del rischio non solo della perdita di un posto di lavoro, ma anche di un posto di lavoro relativamente consolidato, tale risultando quello capace di deter-

(291) V.: Renga 2006, 7 ss.; Persiani 2004, 995 ss.; Cinelli 2005b, 1 ss.

(292) V.: Lagala 2004, 363 ss.

(293) V.: Lagala 2004, 363 ss.

(294) V.: P. Sandulli 2003, 428 ss.

minare non solo una anzianità assicurativa biennale, ma anche una anzianità contributiva annuale » (295).

A prescindere da eventuali ripensamenti sull'opzione per il proliferare dei modelli contrattuali, si impone una rettifica immediata del sistema di sicurezza (296). Le proposte del Governo non sono sufficienti nell'esplorare una concezione universalista (297), che deve muovere dalla condizione di sottoprotezione di varie aree di prestatori di opere (298) e, proprio per le limitazioni della stabilità dei loro rapporti, deve guardare alla loro salvaguardia previdenziale privilegiata, con le necessarie forzature alla logica assicurativa. Essa deve soccombere di fronte alla rilevazione del bisogno (299). La conservazione delle disuguaglianze è il segno della mancanza di una ragione critica, qualora l'accumularsi delle forme di tutela sia il frutto della forza rappresentativa, a scapito di evidenti dinamiche (300), da correggere.

Una concezione evolutiva della giustizia (301) non consente di vedere nella sicurezza l'espansione delle disuguaglianze indotte dall'asimmetrica regolazione dei modelli negoziali, poiché, se mai, occorrono correttivi (302). È generoso pensare di estendere la protezione a forme di lavoro, come quello familiare, meritorie, ma estranee all'operare delle tutele tradizionali (303). Tuttavia, il punto nodale è considerare almeno il lavoro nella sua dimensione professionale secondo le oggettive necessità, con il riconoscimento delle conseguenze del proliferare degli schemi negoziali e con il tentativo di dare tutela ai redditi più precari, di chi è stato il primo a subire le conseguenze delle crescenti difficoltà generali. Al riequilibrio deve essere chiamato il sistema di sicurezza, salvo pensare che non ci si debba riferire a segmenti sovrapposti, nell'organizzazione del mercato, ma a ... caste poco comunicabili, ciascuna propensa a guardare al suo interno.

(295) V.: P. Sandulli 2003, 412 ss.

(296) V.: Balandi 1995, 9 ss.

(297) V.: Andreoni 2011, 373 ss.

(298) V.: La Terza 2008 194 ss.

(299) V.: D'Antona 1992, 599 ss.

(300) V.: Renga 2006, 21 ss.; Giorgis 1999, 9 ss.

(301) V.: Barbera 2002, 814 ss.

(302) V.: Renga 2006, 25 ss.; De Simone 2004, 533 ss.

(303) V.: P. Sandulli 2003, 562 ss.; Renga 2006, 296 ss.; Bozzao 2003, 597 ss.; Bozzao 2005, 37 ss.

19. *Quali obiettivi dovrebbe perseguire il trattamento di integrazione salariale.*

Con la concessione dei trattamenti di integrazione salariale, l'ordinamento ha cercato di fronteggiare l'infuriare della crisi. Di recente, in una intervista dai toni persino commoventi, un rappresentante sindacale di una certa notorietà ha lamentato che non sarebbe questa la strada per la ripresa delle imprese, ma che occorrerebbero gli investimenti, più utili del sostegno pubblico, a garanzia di opportunità occupazionali durature. Sarebbe bello se fosse così e, forse, lo è stato in passato, per quanto le semplificazioni e le valutazioni retrospettive possano avere un senso. Oggi, più delle risorse finanziarie, comunque indispensabili, servono le idee (sebbene esse siano poche e sfuggenti) cioè un progetto sul modo di affrontare la competizione internazionale e di superare le difficoltà incumbenti. Definite le motivazioni della situazione di ciascun complesso aziendale, non bastano né l'aiuto pubblico, né la sospensione dei rapporti, né le capacità patrimoniali, perché il punto di partenza è la diagnosi sui mali. Il superamento della crisi sta nell'intelletto, nella conoscenza e nella preveggenza dell'imprenditore, il quale deve trovare da sé la strada per uscire dai meandri dell'insidioso contesto economico contemporaneo.

La stessa convinzione ho manifestato con riguardo alla riduzione di personale e, pertanto, alla componente finale del conflitto insanabile fra il miglioramento dello stato dell'azienda e la rinuncia alla collaborazione di alcuni prestatori di opere. Allora, ho detto che, quanto più è rapida l'evoluzione della società e di ciascuna impresa, tanto più si svela la natura soggettiva del progetto, con aggiornamenti costanti, perché sia possibile reggere le sfide provocate dalle decisioni non meno frenetiche dei concorrenti. A fronte di una serrata competizione, la quale determina una protratta tensione verso maggiori livelli di efficienza (reale o solo sperata), l'organizzazione è il nesso fra i diversi fattori della produzione o, se si vuole, fra le articolazioni dell'azienda. La categoria dell'organizzazione deve essere riportata a una dimensione cognitiva, come criterio di spiegazione di un mutevole progetto, in affi-

namento e in relazione dialettica con gli impulsi che, a loro volta, arrivano senza interruzione.

Come ho scritto a proposito della riduzione di personale, con le sue analisi cognitive incoercibili, l'impresa trae a sintesi notizie disorganiche e rielabora il materiale informativo necessario per pervenire a una sintesi. Da questa deriva l'enunciazione del problema, che conduce alla riduzione del personale, e tale ragionamento sfrutta la categoria dell'organizzazione, la quale mette in connessione quanto si apprende sul presente dell'azienda rispetto alle prospettive del mercato. Non a caso, l'art. 2082 c.c. riferisce l'idea di organizzazione all'attività, ma non la fa coincidere con l'oggetto di un contratto. Queste idee possono sorprendere, nell'attuale contesto, nel quale la crisi e i suoi rimedi sembrano gravare sul solo versante finanziario, del dare o, se si vuole, del creare i presupposti patrimoniali per un diverso fare dell'impresa e, cioè, per una modificazione dei comportamenti di tutti coloro che collaborano, in ruoli contrapposti, per il raggiungimento dei risultati. Il dare e il fare (e, quindi, anche la disponibilità delle risorse) postulano il sapere e, cioè, la strada di uscita dalle difficoltà insiste nella comprensione delle loro ragioni e nella selezione di un percorso possibile per il loro superamento.

Riportata l'organizzazione sul terreno della conoscenza, come categoria sintetica che spiega il piano dell'imprenditore e lo collega alla sua valutazione sulle dinamiche relazionali dei concorrenti e sulle opportunità presenti nello scenario economico, il progetto aziendale si rinnova di volta in volta, si può dire in ogni frangente; la sua importanza si acuisce qualora ci si trovi di fronte a una possibile svolta, che richiede una differenza qualitativa nella capacità di innovazione. Se si riconduce l'impresa più allo sforzo di comprensione che a quello della volontà, più alla dimensione razionale del piano individuale che al tentativo di fare, il tema acquista risalto maggiore qualora la crisi sia affrontata con il trattamento di integrazione salale, in specie straordinario, e non con la riduzione di personale. Mettendo a disposizione ingenti risorse, il sistema pubblico non ha il potere, ma il dovere (a tutela dei contribuenti) di controllare il progetto e, cioè, di interrogarsi sulla sua coerenza e sulle sue possibilità di successo.

Tale sindacato dell'amministrazione potrebbe avere componenti discrezionali più intense ed estese di quelle del giudice, vincolato al rispetto della sfera di libertà economica. Lo stesso limite

vale molto meno per l'ente pubblico che, facendo ricorso a risorse finanziarie ingenti, deve condividere il piano, al punto da sostenerlo. Libera l'impresa di perseguire il suo interesse nell'esercizio delle sue prerogative costituzionali, l'utilizzazione del supporto previdenziale, nella sospensione dei lavoratori, presuppone una valutazione positiva non sui comportamenti, ma sulle scelte prognostiche. A garanzia dell'utilità dell'intervento di sicurezza sociale, l'amministrazione si può e si dovrebbe spingere molto più in là di quanto è permesso al giudice nel sindacato sull'esercizio dei poteri, persino di quello di licenziamento, poiché il procedimento di ammissione al trattamento di integrazione salariale, in specie straordinario, comporta una condivisione della meritevolezza dell'azione imprenditoriale, secondo logiche estranee al giudizio, a prescindere dall'art. 30 della l. n. 183/2010.

A tacere delle ultime evoluzioni del nostro diritto, a partire dal 2008, per tradizione esso non è mai stato in grado di sviluppare un controllo credibile sul merito dei progetti delle imprese, a fronte della richiesta di ammissione al trattamento di integrazione salariale. Lo Stato-comunità avrebbe dovuto farlo e si sarebbe dovuto spingere a verifiche di merito, con estesi tratti di discrezionalità, con una intensità sconosciuta al sindacato giudiziale. È accaduto il contrario, e le verifiche istituzionali sono state dominate da una costante deriva consociativa e corporativa, molto prima degli sviluppi recenti, persino più negativi. Di fronte alla strutturale inadeguatezza e alla pavidità, per non dire alla connivenza delle amministrazioni nello stabilire quali imprese meritino il trattamento di integrazione salariale, si pongono due soluzioni plausibili, una frutto del pessimismo realista, l'altra di un dovere essere pieno di venature volontaristiche.

Da un lato, si può pensare a una revisione del sistema basata sulla rinuncia delle amministrazioni a dialogare in modo attivo e propositivo con le imprese, per determinare quali progetti abbiano speranze di successo. Dall'altro, si può insistere sulla centralità del potere pubblico e cercare di rimuovere i condizionamenti che ne hanno impedito l'esplicitarsi e ne hanno limitato i risultati. La scelta è rigida e non si vedono molte soluzioni intermedie, in una dialettica persino drammatica, perché mette in discussione la credibilità della presenza pubblica e la possibilità di un governo istituzionale del supporto previdenziale. Rispondere alla domanda implica mettere in campo convinzioni che trascendono il contesto

particolare e guardano al dialogo complessivo fra il destino della comunità e la stessa possibilità di un ragionamento sulla sua dimensione autarchica, con l'allocazione di risorse ingenti, a favore di chi possa affrontare la crisi e abbia idee sufficienti per superare la sfida dei competitori.

Sarebbe bello credere nelle istituzioni e nella loro capacità di autoriforma, nella loro futura risposta a domande da sempre esaminate in una deteriore logica concertativa e corporativa. Questa strada non mi convince. Il nostro sistema istituzionale non ha la forza per realizzare l'obbiettivo intrinseco a qualunque regolazione del trattamento di integrazione salariale, discriminare secondo parametri equi chi lo debba ricevere. Non vedo prospettive di successo in ordine a questo punto nodale, nella consapevolezza della gravità di tali affermazioni, per quanto implicano su una diagnosi più generale sul nesso fra le logiche private e il senso della presenza pubblica. Posizioni opposte non sono solo possibili, ma auspicabili, per quanto lascerebbero intendere sul recupero di una dimensione attiva del nostro sistema istituzionale nel governo dei processi produttivi e nella soluzione dei conflitti occupazionali.

Se la strada che consente di uscire dalla crisi aziendale è aperta dall'intelligenza, la questione è quanto il progetto possa essere valutato secondo giustizia dal sistema pubblico. Da qui dipende una risposta più generale sul senso del trattamento di integrazione salariale. La frattura profonda del sistema delle imprese mostra quanto sia vetusto il ragionamento più diffuso nel dibattito sindacale, la strana teoria per cui l'ordinamento dovrebbe impegnarsi a salvare qualunque contesto aziendale, visto come una condizione di possibile prosperità, a prescindere dai suoi lineamenti organizzativi, dalla legittimità dei comportamenti, dalla solidità del piano elaborato dall'imprenditore, dal realismo delle sue convinzioni sulle condotte dei suoi interlocutori, i lavoratori, i concorrenti, il sistema bancario, i fornitori, i clienti.

Se anche vi fossero le risorse, invece carenti, le imprese non dovrebbero essere considerate una sorta di intrinseco valore, meritevole del supporto pubblico secondo criteri universalistici. Di fronte alla rottura del tessuto economico e alla divergenza profonda nelle iniziative aziendali, l'ordinamento deve fare emergere logiche selettive, imperniate su criteri di opportunità e di legittimità. Essi non possono risultare dal dialogo collettivo, per quanto il nostro diritto voglia ancora una iniziativa microconcertativa

nell'esame delle crisi aziendali. Il negoziato sindacale fa affiorare gli interessi particolari dell'imprenditore e dei prestatori di opere e, sebbene questi siano collettivi, sono diversi e irriducibili rispetto a quello pubblico, protetto dalla sola amministrazione. Ciò non accade. Se si accetta la visione più pessimistica o, forse, solo realistica sulla crisi istituzionale irreversibile, nel nostro Paese non vi è nessuna possibilità di una trasformazione del senso e del valore dell'intervento pubblico, e il relativo potere non sarà mai esercitato in modo proporzionato al suo impegno, di sondare chi abbia prospettive di uscire dalle difficoltà e di non disperdere le risorse finanziarie in una deriva assistenzialistica. Il trattamento di integrazione salariale non sarà mai concesso come esso dovrebbe, cioè con una valutazione oggettiva e intensa del merito del progetto. Questo è il punto di partenza di una riforma, che da questa visione sconsolata deve muovere per ridurre quanto di inaccettabile si nasconde e rimarrà sempre occultato dietro i procedimenti amministrativi sul trattamento di integrazione salariale.

Troppo spesso si accetta l'idea della sospensione come l'inevitabile anticamera dei licenziamenti. Questo rinnegare la logica della l. n. 223/1991 ha conseguenze pesanti sul piano della giustizia, poiché i trattamenti di tutela del reddito degli inoccupati si uniscono a quelli successivi alla fine del rapporto, con una accentuazione della protezione a vantaggio di taluni prestatori di opere, ai danni dell'uguale considerazione del loro bisogno. Se si vuole evitare questa situazione abituale, il trattamento di integrazione salariale deve tornare alla sua apparente e mai realizzata funzione, quella di dare aiuto a processi plausibili di recupero dell'efficienza.

Allora, selezionate le imprese meritevoli del sostegno, il soccorso fornito ai loro lavoratori non sarebbe più il frutto di una ingiustificata preferenza normativa, perché il trattamento non ha obiettivi e natura identici a quelli degli interventi posteriori ai licenziamenti e non vi sarebbe una duplicazione di forme di protezione equivalenti. Il perno del ragionamento è il senso dell'integrazione salariale, non quale misura di semplice soccorso al bisogno dei prestatori di opere, ma come percorso di superamento della contingenza negativa, sulla base di una valutazione circostanziata e di una contrapposizione fra i complessi aziendali, in ragione del rispettivo merito dei progetti degli imprenditori.

Se l'integrazione salariale anticipa solo l'indennità di disoccu-

pazione, a tacere del suo nome, non vi è ragione per garantire a una parte dei lavoratori benefici aggiuntivi rispetto a quelli da attribuire a tutti, appunto in una logica universalistica. La deteriore tradizione e la deriva consociativa del nostro diritto non possono essere conservate, se si vuole il ritorno, comunque tardivo, all'uguaglianza, a maggiore ragione necessaria in uno stato di bisogno duraturo e grave. La differenza fra l'integrazione salariale e l'indennità di disoccupazione non è cronologica, né insita nel momento nel quale i due istituti trovano applicazione. Il divario concerne una analisi del significato e delle proiezioni del progetto delle imprese. Se questo manca, viene meno l'intera razionalità del disegno prescrittivo.

Nel riepilogare le promesse disattese del nostro sistema, si è detto che « la l. n. 223/1991 avrebbe dovuto comportare un ritorno alla Costituzione (...). I singoli ammortizzatori avrebbero dovuto mantenere la loro distinzione, evitando confusioni e in particolare escludendo la cassa integrazione quando non ci fosse stato più niente da fare e una ripresa produttiva fosse diventata impossibile » (304). Seppure foriera di un riordino atteso (305), la l. n. 223/1991 presenta molti limiti, come la diversificazione delle opportunità concesse ai dipendenti sulla base di una diversa considerazione delle aziende di provenienza (306). Se la l. n. 223/1991 voleva trasformare « licenziamenti impossibili » (307) in recessi regolati, con una disciplina apposita (308), il tentativo è fallito, per la deriva di disposizioni derogatorie, subito successive al 1991. Tuttavia, prima del 1991, l'assenza di una normativa aveva stimolato la supplenza di protagonisti inevitabili, come i giudici, le riflessioni teoriche (309), i negozi sindacali, in specie quelli interconfederali. Nell'affrontare un tema così tormentato, più ancora che dalla Costituzione e dalle direttive comunitarie, il legislatore del 1991 è stato influenzato dalla necessità di incidere su un composto materiale regolativo stratificatosi negli anni; l'obbiettivo era superare l'incipiente e preoccupante crisi economica dei primi

(304) V.: Miscione 2007, 709 ss.

(305) V.: Miscione 1993, 57 ss.; Balletti 2000, 35 ss.; Andreoni 1993, 180 ss.

(306) V.: Balletti 1992, 175 ss.

(307) V.: Mariucci 1979, 1360 ss.; Mariucci 1975, 723 ss.

(308) V.: Alleva 1991, 26 ss.

(309) V.: Pedrazzoli 1973, 563 ss.

anni '90. Tale risultato non sarebbe stato garantito dal sovvertimento improvviso di esiti interpretativi consolidati in precedenza.

Se la l. n. 223/1991 voleva disciplinare i recessi prima « impossibili », la connessa chiarificazione ha avuto luogo con una modificazione interna del sistema. Non è stata messa in discussione l'opzione per un governo corporativo delle crisi aziendali, si potrebbe dire per iniziative di micro concertazione, del resto imposte dal diritto comunitario. Il legislatore ha rafforzato gli istituti di pretesa « procedimentalizzazione » del potere dell'impresa e ha posto le premesse per un dialogo con le rappresentanze sindacali. Non a caso, queste scelte hanno incontrato difficoltà in vicende note, nelle quali, talora nelle regioni meridionali, i gravi limiti della rappresentatività sindacale e il proliferare delle azioni individuali hanno comportato condizioni di fatto opposte a quelle pensate dal legislatore. La centralità della « procedimentalizzazione » e il ruolo determinante riservato all'accordo collettivo presuppongono una proporzionata capacità delle associazioni sindacali di convincere i lavoratori della ragionevolezza delle loro scelte. Dunque, la l. n. 223/1991 implica una forte rappresentatività, perno della disciplina e della sua agevole attuazione.

Mancava e difetta anche oggi un presidio efficiente dell'interesse pubblico, per l'instaurazione di una dialogo razionale con il sistema negoziale, secondo criteri tipici anche delle procedure di licenziamento collettivo, nei quali la sintesi fra le ragioni private ha luogo ai danni delle istituzioni, con il ricorso a interventi previdenziali fuori dai relativi presupposti. Qualora si riscontri una grave difficoltà delle organizzazioni sindacali coinvolte a governare i comportamenti dei lavoratori, il sistema complessivo è poco produttivo e la « microconcertazione » denota significativi momenti di tensione. Il disagio frequente del sindacato nel ridimensionare il dissenso dei singoli mette in risalto una parziale incoerenza della l. n. 223/1991 con il contesto contemporaneo e può vanificare il raggiungimento degli obiettivi immaginati nel 1991. La legge è in un raccordo difficile fra passato e futuro, fra conservazione e modificazione.

Tali linee di tendenza si sono consolidate dopo il 1991, per il ricorso sempre più esteso a deroghe, spesso frutto di parabole consociative e all'insegna della programmata disparità di trattamento, con la continuazione della logica dei licenziamenti « impossibili » e con il ricorso ai trattamenti di integrazione salariale fuori

da qualunque criterio selettivo (310). Anzi, la stessa accettazione dell'integrazione straordinaria per cessazione dell'attività contraddice la temporaneità della sospensione. La l. n. 223/1991 pretende la ricerca di rimedi alternativi rispetto ai licenziamenti. La loro scelta implica valutazioni di merito, perché vi sono da programmare strategie e da formulare giudizi di opportunità.

In forza dell'art. 41 Cost., non esiste alcuna « funzionalizzazione » dell'attività dell'impresa, né questa deve perseguire obiettivi dati *a priori*, rispetto ai quali si possa valutare la concordanza delle decisioni imprenditoriali. Libero nei fini, il datore di lavoro può utilizzare gli strumenti più consoni al suo disegno, nei limiti della buona fede; il « contropotere » è nell'azione collettiva. L'incontro delle scelte negoziali e strategiche libere delle associazioni sindacali e del datore di lavoro non protegge la legittimità degli interventi previdenziali, se mai esposti a subire un costante influsso dalla ricerca di soluzioni che evitino o rinviino i recessi, non solo con l'intervento di integrazione salariale in discordanza dalle indicazioni prescrittive, ma con deviazioni pesanti dal criterio di parità di trattamento. L'abuso del trattamento di integrazione salariale va ai danni dei lavoratori esclusi da tali rimedi, quanto più le condotte attuative sono disinvolte.

All'interesse aziendale si contrappongono valutazioni (sempre di merito) delle organizzazioni sindacali, espressione dell'interesse collettivo. È precluso il controllo giudiziale di opportunità sull'eventuale accordo; identificato il reale scopo del datore di lavoro, il giudice si deve interrogare sulla complessiva buona fede, non solo rispetto a quanto occorso nella procedura di consultazione, ma con un approccio più generale, attinente alla ragione di ciascun eventuale recesso. Tale ragionamento non vale per le istituzioni, chiamate a difendere il loro patrimonio e a proteggere l'applicazione razionale degli strumenti di tutela del reddito. In specie con riguardo al trattamento straordinario di integrazione salariale, se non è esercitato in modo energico il potere amministrativo di verifica dell'esistenza dei presupposti e dell'utilità della concessione, in previsione delle opportunità di recupero, l'inter-

(310) V.: Miscione 2007, 709 ss.

vento è una indebita anticipazione delle misure successive all'estinzione del rapporto (311).

20. *La stabilità del rapporto di lavoro e la posticipazione dei licenziamenti collettivi, nella visione microconcertativa delle crisi aziendali.*

Il punto di debolezza del nostro ordinamento è la mancanza di un soggetto pubblico in grado di opporsi alla deriva consociativa del negoziato, propenso a un uso strumentale del trattamento di integrazione salariale, in dichiarata violazione delle norme e, talora, con soluzioni oltre i limiti dell'illiceità penale. Il problema esula da una valutazione dell'art. 41 Cost.; per coloro che non vi trovano le premesse di una « funzionalizzazione » dell'impresa, la l. n. 223/1991 è in sintonia con la tutela della libertà di iniziativa economica. Sarebbe diverso se si volesse dare spazio maggiore alla dimensione di socialità propria dell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost. Se anche si cerca in tali principi l'avallo a interventi di conformazione del comportamento dell'impresa rispetto a interessi diversi dal perseguimento del profitto, tale prerogativa è del legislatore, non del giudice. La l. n. 223/1991 non ha ricondotto la scelta aziendale a scopi predeterminati.

Questo criterio ricostruttivo lascia uno spazio decisivo all'amministrazione, quale garante del perseguimento effettivo da parte del trattamento di integrazione salariale degli obiettivi fissati per legge (312). A differenza di quanto accade con riguardo ai criteri di scelta in tema di licenziamenti, a proposito della cui applicazione si deve riconoscere una « funzionalizzazione » del potere dell'impresa, manca una pari « funzionalizzazione » del potere di trasformare o di ridurre l'attività e il ricorso al lavoro eterodiretto, sia in modo stabile, sia in via temporanea. Però, la libertà di decisione dell'impresa e quella contrattuale delle associazioni sinda-

(311) V.: Magnani 2011.

(312) V. il d.m. 29 giugno 2009, che ha consentito di fare a meno del piano di risanamento nel caso di istanze di trattamenti di integrazione salariale per crisi aziendali, e la lettera circolare 30 marzo 2009, sul fatto che la crisi internazionale sarebbe di per sé un evento improvviso e imprevisto, suscettibile di condurre alla concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale.

cali non si possono coniugare con la carenza di un apparato pubblico in grado di perseguire i suoi interessi.

In larga parte, la parabola degli ultimi mesi ha aggravato tale situazione (313), con la sostanziale scomparsa della differenza fra il trattamento ordinario e quello straordinario (314), poiché il primo è stato invocato e concesso anche per crisi strutturali, al punto che si fa desiderare un raccordo espresso con i licenziamenti collettivi, simile a quello dell'art. 4 della l. n. 223/1991. A partire dal 2008, in modo abituale e con il pieno consenso dell'Inps e dello Stato, il trattamento ordinario è stato accordato a imprese in dichiarato stato di dissesto, per dilazionare i licenziamenti, nonostante un simile comportamento sia in contrasto con la disciplina legale e potrebbe avere rilevanza penale. A maggiore ragione, qualunque considerazione selettiva sulla natura delle crisi si è persa a proposito dei trattamenti in deroga (315), visti dalle Regioni come alternativa all'indennità di mobilità e applicati in carenza di qualunque approfondimento sulle possibilità di recupero dell'impresa.

Il riordino sarebbe essenziale, non solo per l'esperienza tradizionale negativa del potere di sospensione (316), ma per l'evoluzione recente, con il ricorso ai trattamenti fuori da ogni controllo (317). Se quello ordinario è divenuto ... il primo in ordine di tempo (318), ci si deve chiedere che senso abbia continuare a ragionare con le categorie tradizionali, superate dagli eventi. Però, al legislatore non si chiede di accettare tale evoluzione, perché è iniqua. Un lavoratore, in pari condizioni di bisogno, gode di prestazioni previdenziali a seconda della natura dell'impresa e delle misure a queste applicabili, senza che abbia alcun risalto la possibilità realistica del datore di lavoro di superare le sue difficoltà.

Ciò non è dimostrato solo dalla previsione del trattamento straordinario di integrazione salariale per cessazione dell'attività, vera contraddizione in termini, ma dalla perdita di significato operativo delle diverse forme di intervento, con una svolta raggiunta in modo capillare, sull'intero territorio nazionale. Non ha

(313) V.: Liso 2008, 603 ss.

(314) V.: Tiraboschi 2010, 335 ss.

(315) V.: La Terza 2010, 756 ss.

(316) V.: Miscione 2007, 709 ss.

(317) V.: Balandi 1984, 143 ss.; Cinelli 1982a, 104 ss.

(318) V.: Liso 2008, 603 ss.; Magnani 2011.

senso dilazionare i licenziamenti inevitabili e, tanto meno, ciò può essere fatto con regimi diversi per i prestatori di opere e, in modo costante, ai danni di quelli con rapporti di lavoro non a tempo pieno e indeterminato, a maggiore ragione se si considera come le proposte del Governo vogliano inserire un rapporto semestrale stipulato senza vincoli (319). Nella loro difesa del trattamento di integrazione salariale, le associazioni sindacali non dimostrano miopia, ma strabismo, cioè una colpevole sopravvalutazione dell'importanza delle intese stipulate nelle sedi microconcertative e una grave sottovalutazione del principio di uguaglianza. Le proposte del Governo tacciono e meritano per ciò solo una valutazione negativa.

Le novità preannunciate dal Governo sono quanto mai limitate e all'insegna della prosecuzione delle esperienze deteriori di questi anni, poiché, nel disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012, il perno è dato dall'art. 37, a conferma del fatto che, in questa materia, gli interventi dalla pretesa natura transitoria sono i più stabili (320). Il Ministro dell'economia e delle finanze può « disporre, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, in deroga alla normativa vigente, la concessione, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di integrazione salariale e di mobilità, anche con riferimento a settori produttivi e ad aree regionali (...) ». Quindi, il perno della trasformazione ... è la conservazione del regime di deroga, con quanto di perturbante essa ha rappresentato negli ultimi anni e, a dire il vero, già subito dopo il 1991. Nulla è toccato sulla distinzione fra indennità di integrazione straordinaria e ordinaria e non si dà maggiore credibilità selettiva alle determinazioni pubbliche.

Per un verso, non si fa nulla per ripristinare una distinzione effettiva fra le due forme di integrazione salariale e, se mai, si colpisce quella erogata in caso di fallimento, rendendo inevitabile anche in tale ipotesi il ricorso ai trattamenti in deroga. Per altro verso, il disordine continuerà, a vantaggio di chi, sulla base di cir-

(319) V. l'art. 3 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(320) L'art. 37 si prefigge (primo comma) di introdurre disposizioni « al fine di garantire la graduale transizione verso il regime delineato dalla riforma degli ammortizzatori sociali di cui alla presente legge, assicurando la gestione delle situazioni derivanti dal perdurare dello stato di debolezza dei livelli produttivi del Paese », fino al 2016.

costanze occasionali e, per lo più, con la forzatura delle disposizioni rispettive, riuscirà a cumulare interventi ordinari, straordinari e in deroga, come promesso dall'art. 37, primo comma, e dal suo discutibile riferimento alla mancanza di una « soluzione di continuità ». Si era invocata una riforma profonda in senso restrittivo, perché fossero eliminate le forme più evidenti di disparità di trattamento, mentre nulla del genere è stato intrapreso, con l'eccezione della promessa soppressione del trattamento straordinario per i casi di cessazione dell'attività aziendale.

L'art. 40 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012 lascia inalterato il modello confuso del trattamento straordinario, non fa nulla perché esso sia accordato alle imprese con speranze di sopravvivenza, lo mantiene nello stato attuale, di semplice premessa ai licenziamenti e, anzi, acuisce la confusione, con estensioni dell'area di applicazione disomogenee e casuali, frutto evidente di ulteriori spinte corporative. Se vi è maggiore attenzione per le imprese commerciali (e ci sono volute solo ... decine di anni, perché si giungesse a questa conclusione!), resta il complessivo assetto del passato, con l'attribuzione di risorse ad alcuni lavoratori, non a tutti, senza alcun controllo sulle prospettive del datore di lavoro. Il trattamento si cumula a quello successivo al licenziamento e l'integrazione salariale non cerca di distinguere in modo realistico fra crisi strutturali e congiunturali e di selezionare le imprese.

Per il diritto italiano, a torto o a ragione, il punto è la salvezza dell'azienda, poiché si vuole tutelare una organizzazione vista in sé come fonte di possibile, stabile occupazione e, in qualche modo, quale risorsa per l'intera economia. Tale scelta politica è irragionevole, in specie se si considera che, per varie cause, molte imprese sono andate in difficoltà e non è detto che sia nell'interesse generale il disperato tentativo di promuovere la continuità aziendale, seppure parziale. L'impostazione del nostro ordinamento è apodittica e sottovaluta che i servizi o i beni voluti dal mercato trovano comunque chi li produce, spesso in condizioni di efficienza e di solidità migliori se non si proviene da un precedente risultato negativo. Queste valutazioni di opportunità non hanno molto a che vedere con la ricostruzione della trama del nostro diritto, di segno opposto e caratterizzato dalla centrale preoccupazione di dare occasioni di conservazione della collocazione professionale a molti prestatori di opere. Per quanto ciò possa dispa-

cere, il nostro ... sistema resta governato dalla sua antitesi, cioè dalla deroga, tanto capillare, quanto frutto delle indicazioni settoriali delle Regioni.

21. *I contratti collettivi di solidarietà e la loro efficacia soggettiva generale.*

Le proposte del Governo sono rimaste silenziose con riguardo a un istituto con un successo maggiore di quanto lo stesso Governo sembra ritenere, vale a dire i contratti di solidarietà difensivi, non solo perché essi hanno consentito importanti ristrutturazioni in contesti importanti e nei quali non era o non era più possibile invocare il trattamento di integrazione salariale, ma poiché comportano una fattiva integrazione fra le clausole dei contratti e l'intervento pubblico di sostegno del reddito. Si potrebbe quasi pensare che, non considerato con attenzione particolare dal Governo, l'istituto potrebbe proseguire nel suo percorso, più fruttuoso di ciò che potrebbe fare pensare la sua posizione un po' decentrata nel dibattito di questi mesi, se non vi fosse stato un fondamentale contributo di dottrina, a rilevare che, « se il contratto collettivo di cui la legge vuole utilizzare il contenuto normativo è sempre frutto di autonomia privata collettiva, la sua efficacia soggettiva non può essere diversa da quella del contratto collettivo, per così dire, "normale" » (321).

Si aggiunge che, talora, « il contratto gestionale (...) incide sul contenuto del contratto individuale: è il caso (...) del contratto di solidarietà difensivo (...). In linea generale, nella dinamica del rapporto individuale (...), l'imprenditore non ha il potere unilaterale di ridurre l'orario di lavoro, né tantomeno tale potere ha la rappresentanza dei lavoratori; il potere in discussione viene creato dal contratto gestionale nelle ipotesi previste dalla legge. La giurisprudenza migliore, pur tra notevoli incertezze anche ai massimi livelli, ha mantenuto fermo il principio che la legittimazione del contratto collettivo a incidere sul contratto individuale deriva dall'iscrizione del lavoratore al sindacato e ne ha correttamente tratto il corollario che anche questo contratto (...) può produrre i

(321) V.: G. Garofalo 2011, 532 ss.

suoi effetti solo nei confronti dei lavoratori iscritti » (322). Tale sintesi è ineccepibile. Per quanto si voglia costruire in modo estensivo la categoria del cosiddetto contratto gestionale (323), quelli di solidarietà presentano implicazioni normative evidenti.

Tale aspetto non può essere ignorato e, in fondo, è messo in luce dalla prassi, nella quale, a differenza di quanto accade in ordine agli accordi in tema di procedure di integrazione salariale (nelle quali, al limite, si discute della rotazione), i contratti di solidarietà emergono come negozi dal dichiarato tratto dispositivo, con un accordo specifico sulla modificazione della regolazione del rapporto e, in primo luogo, dell'orario, sebbene ciò abbia luogo a fronte di un intervento finanziario pubblico, di sostegno al reddito. È netta la differenza rispetto alle procedure di consultazione funzionali alla concessione del trattamento di integrazione salariale. Se lo volessero esercitare, le amministrazioni avrebbero un potere non condizionato agli esiti dell'accordo, neppure in tema di rotazione, poiché, se mai, il datore di lavoro deve comunicare e non di necessità concordare i criteri derogatori.

Seppure inserito sempre in un meccanismo di microconcertazione, il contratto di solidarietà difensivo si distingue per la responsabilità assunta dai soggetti sindacali e per l'intervento sui rapporti individuali, con una incidenza paragonabile a quella dell'accordo dell'art. 5 della l. n. 223/1991 sui criteri di scelta in tema di recessi collettivi. Il carattere normativo dei negozi di solidarietà si accompagna a un profilo più marcato dell'intesa. Il problema dell'efficacia soggettiva è reale. Per quanto in deroga rispetto ai principi generali del sistema sindacale, la disciplina sugli accordi di solidarietà pensa a un rinvio che, nell'accogliere l'esito del negoziato, trasforma la struttura e la natura delle intese, postulandone l'efficacia soggettiva generale. Questo è da ritenere l'intento normativo, che vuole contratti applicabili a tutti i prestatori di opere e su tale connotazione impernia il sostegno previdenziale.

Se non si può concludere per l'efficacia del contratto nei confronti dei soli dipendenti aderenti alle associazioni stipulanti, si può discutere in astratto della legittimità costituzionale della regolazione legale, che impone una modificazione strutturale del-

(322) V.: G. Garofalo 2011, 535 ss.

(323) V.: Liso 1982, 101 ss.

l'accordo, fuori dal modello desumibile dalla perdurante natura privatistica del contratto collettivo in generale. La legge sui negozi di solidarietà non aderisce a tale impostazione, ma pretende di alterarla. La soluzione del conflitto è rimessa all'eventuale illegittimità costituzionale della disposizione. Comunque, il richiamo energetico all'efficacia soggettiva generale del negozio sindacale acquista specifico valore evocativo, in questa fase di sostanziale dominio delle intese, che hanno relegato le amministrazioni in un ruolo subalterno.

22. *Le proposte del Governo di una riunificazione dei trattamenti di tutela del reddito posteriori all'estinzione del rapporto di lavoro.*

Dopo il 1991, la separazione fra l'indennità di mobilità e quella di disoccupazione era all'insegna del rafforzamento della protezione dei prestatori di opere dei grandi complessi industriali, nella convinzione della centralità di tali profili rispetto alle stesse dinamiche sociali. Ora, la programmata riunificazione ha ruolo con un significativo spostamento verso il modello dell'indennità di disoccupazione (324). Per chi avrebbe goduto dell'indennità di mobilità (e per le imprese impegnate nelle connesse ristrutturazioni), lo scenario denota un sostanziale peggioramento. La ridistribuzione delle tutele si accompagna al loro contenimento, seppure con una lunga e complessa fase transitoria.

Il disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012 è ambizioso solo in apparenza e delude le aspirazioni a una revisione universalistica della tutela del reddito per il periodo successivo all'estinzione del rapporto. L'art. 22 introduce l'assicurazione sociale per l'impiego, a decorrere dal gennaio 2013, « con la funzione di fornire ai lavoratori, che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione, una indennità mensile di disoccupazione » (325), con la complessa disciplina transitoria degli artt. 32 e 33. A tacere di tali aspetti, un po' eccentrici in una ricostruzione complessiva della riforma progettata, la sostanziale unificazione dei trattamenti di mobilità e di quelli di disoccupazione è timida,

(324) V.: Balandi 1984, 95 ss.; Cinelli 1982a, 179 ss.

(325) V. l'art. 22, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

non solo perché sopravvive il regime, vergognoso, del lavoro agricolo, con la costante elusione delle norme imperative e con comportamenti illeciti capillari, i quali, per lo più, superano i confini dell'illegittimità penale (326), ma perché la vocazione universalistica del nuovo istituto è parziale e dimentica i soggetti più deboli, a cominciare dai lavoratori a progetto, nonostante queste aree fossero e siano oggi e nel futuro le più bisognose delle risorse pubbliche.

Godono della cosiddetta « assicurazione » « tutti i lavoratori dipendenti, ivi compresi gli apprendisti e i soci delle imprese cooperative di produzione e lavoro », sebbene manchi una espressa previsione per le persone coinvolte nelle fattispecie di somministrazione (327). Si continua a insistere sul carattere « involontario » della disoccupazione (328) e l'art. 23, secondo comma, sottolinea che l'assicurazione non opera a favore dei lavoratori cessati « per dimissioni o per risoluzione consensuale », con una previsione miope, non solo perché non distingue l'ipotesi delle dimissioni per giusta causa, ma perché dimentica come l'estinzione per mutuo consenso abbia luogo per iniziativa dell'impresa, a maggiore ragione in questo periodo di intense difficoltà aziendali. L'unico risultato pratico sarà che, come già accadeva, le risoluzioni consensuali saranno trasformate in licenziamenti con contestuale rinuncia all'impugnazione.

Se la cosiddetta assicurazione spetta a chi sia « in stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1, comma secondo, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 » (329), la disciplina sul collocamento e sui servizi all'impiego cerca sinergie con quella sulla protezione del reddito (330). In ogni caso, in coerenza con

(326) V. l'art. 22, terzo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(327) V. l'art. 22, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(328) V. l'art. 22, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(329) V. l'art. 23, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(330) V. anche l'art. 26, terzo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012, per cui « la fruizione dell'indennità è condizionata alla permanenza dello stato di disoccupazione di cui all'articolo 1, comma secondo, lettera c), del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181 », così che il sussistere delle condizioni relative alla disoccupazione alla stregua delle

quanto accadeva in passato, i beneficiari devono « fare valere almeno due anni di assicurazione e almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione » (331), requisito abbastanza significativo e previsto in funzione antifrodatoria, con implicazioni negative per coloro che hanno rapporti saltuari. Per chi non raggiunga « il requisito contributivo di cinquantadue settimane di contribuzione negli ultimi due anni, ma » possa « fare valere almeno tredici settimane di contribuzione di attività lavorativa negli ultimi dodici mesi » (332), è liquidata una indennità di entità abbastanza trascurabile, « per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione nell'ultimo anno, detratti i periodi di indennità eventualmente fruiti nel periodo » (333). Molti lavoratori assunti a tempo determinato possono cadere nell'area di operatività di questa disposizione, con un pregiudizio evidente. Il requisito di ventidue settimane di contribuzione negli ultimi due anni è selettivo, in specie per le persone che operano ai limiti della legittimità e potrebbero avere prestatato la loro attività in modo irregolare.

Se tali ultime disposizioni vogliono prevenire comportamenti frodatori, intesi a creare in modo fittizio i presupposti per il percepimento dell'indennità (e si dimenticano in modo colpevole le truffe abituali nel lavoro agricolo), la cosiddetta assicurazione protegge soprattutto chi abbia avuto rapporti stabili, per un lasso di tempo non trascurabile, senza sovvenire a chi sia stato in condizioni di precarietà. A maggiore ragione, per le persone coinvolte in attività illegittime, è difficile dimostrare il sussistere dei presupposti dell'art. 23, con un evidente accumularsi dei pregiudizi.

Se il finanziamento della nuova « assicurazione » prevede contributi addizionali dei datori di lavoro, per scoraggiare il ricorso a taluni rapporti, come quello a tempo determinato, o al licenzia-

relativa disciplina non riguarda solo i presupposti del sorgere del diritto all'indennità, ma anche il sussistere delle premesse per la sua erogazione durante il relativo periodo.

(331) V. l'art. 23, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(332) V. l'art. 28, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(333) V. l'art. 28, secondo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

mento degli apprendisti (334), simili disposizioni sono timide, se non altro per l'entità non enorme degli stessi contributi. Sarebbe singolare se le disposizioni riuscissero a modificare le attuali strategie di ricorso sistematico a rapporti diversi da quelli a tempo indeterminato e pieno e se, in merito, modificassero le decisioni delle imprese. Nonostante tali indicazioni, l'art. 29 denota un taglio conservativo e fa emergere la nuova « assicurazione » come l'erede diretto dell'indennità di disoccupazione, con un arretramento nella tutela per i lavoratori che, in precedenza, potevano godere dell'indennità di mobilità, in specie di quella triennale. Non a caso, la protrazione del periodo di protezione per i lavoratori ultracinquantacinquenni arriva solo fino a diciotto mesi (335), tempo inferiore a quello abituale nel passato.

L'art. 27 del disegno di legge regola il pagamento dell'indennità nelle ipotesi di inizio di nuove attività, di carattere subordinato (336) o autonomo (337). Se mai, l'art. 27 è timido nel collegare il sistema di protezione del reddito all'avvio di nuove funzioni produttive e la « assicurazione » è concepita più in una logica passiva, di salvaguardia da uno stato impellente di bisogno, in connessione con la disoccupazione ai sensi dell'art. 1, comma secondo, lettera c), del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181. Sarebbe azzardato cogliere nella « assicurazione » un nesso stretto con le politiche attive.

Le vere vittime della riforma non sono solo i lavoratori costretti a ricevere i trattamenti minimi dell'art. 28, ma quelli autonomi, cui è promessa una « indennità *una tantum* », secondo sperimentazioni avviate negli anni passati e senza sostanziale successo, se non altro perché, nel nuovo testo, l'indennità è riservata a chi abbia percepito un reddito non superiore a euro 20.000,00 e, pertanto, quanto mai ridotto (338). Se non molte persone godranno del beneficio dell'art. 35, tale previsione merita una censura, perché vanifica il riequilibrio in senso universalistico dell'intervento

(334) V. l'art. 29 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(335) V. l'art. 25 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(336) V. l'art. 27, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(337) V. l'art. 27, terzo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(338) V. l'art. 36 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

pubblico. I lavoratori autonomi avrebbero avuto bisogno di una attenzione maggiore e, con misure innovative e un potere decisionale discrezionale rimesso all'amministrazione, si sarebbe dovuto rimediare allo stato di debolezza delle persone assunte in modo irregolare, senza che queste debbano passare per l'accertamento giudiziale del preesistente rapporto.

Il frequente, per lo più illegittimo, ricorso a rapporti di lavoro a progetto avrebbe giustificato la loro progressiva, ma rapida equiparazione a quelli subordinati, mentre il misero intervento dell'art. 35 trova riscontro nell'ulteriore incremento dei contributi dovuto alla gestione separata dell'art. 2, comma ventiseiesimo, della l. n. 225/1995 (339). La misura vuole scoraggiare il ricorso a simili prestazioni di lavoro autonomo, con una progressiva equiparazione del regime contributivo rispetto a quello del rapporto subordinato; l'effetto immediato è pregiudizievole per le persone coinvolte, le quali potrebbero subire una contrazione del reddito disponibile, non recuperabile nel breve periodo, per lo più. A fronte delle prestazioni molto contenute offerte dalla gestione separata (a maggiore ragione per gli iscritti in epoche, non molto lontane nel tempo, di contribuzione più bassa e spesso insignificante), la sottoposizione alle pretese dell'Inps rappresenta un danno rilevante, senza promesse di benefici, né nell'immediato, né nel futuro, a proposito del godimento della pensione. Una trasformazione in senso universalistico del regime sarebbe dovuta partire da una diversa considerazione dei lavoratori a progetto, mentre tale obiettivo non è stato perseguito.

Se il godimento della nuova assicurazione si accompagna alla copertura previdenziale e questo è un indubbio beneficio per i prestatori di opere (ora goduto da tutti in condizioni di parità, con le eccezioni viste, a cominciare da quella più vistosa dei lavoratori a progetto), non è chiaro quale successo potrà avere l'istituto cosiddetto « in favore dei lavoratori anziani » (340), per cui « accordi sindacali » possono prevedere che, « al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori più anziani, il datore di lavoro si impegni a corrispondere (...) una prestazione di importo pari al trattamento di

(339) V. l'art. 52, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(340) V. l'art. 35, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti, e a corrispondere all'Inps la contribuzione fino al raggiungimento dei requisiti minimi per il pensionamento » (341). Basata su tale esperienze del settore bancario, peraltro con problemi settoriali e poco coerenti con quelli della maggioranza delle imprese, la disposizione è confusa già dal punto di vista lessicale, poiché, per persone che non hanno raggiunto i requisiti per il godimento della pensione, parla di « trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti ». Risolti tali dubbi, vi è da chiedersi fino a che punto le imprese possano avere interesse ad avvalersi della disposizione, che comporta il pagamento di un trattamento ai prestatori di opere e dei contributi. Resta da stabilire fino a che punto il « trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti » sia inferiore alla retribuzione, e il punto è decisivo, perché si possa stabilire il successo della misura. Comunque, è una alternativa modesta rispetto alle tradizionali forme di svecchiamento della manodopera, imperniate sull'incrocio fra l'indennità di mobilità, se del caso prolungata, e il godimento delle pensioni di anzianità.

Nonostante la confusione del nostro diritto, nell'intrecciarsi fra numerosi e non coordinati incentivi all'assunzione, il Governo insiste nella medesima strategia, pensando a interventi relativi a lavoratori di più di cinquanta anni e disoccupati da oltre dodici mesi (342), con ulteriori disposizioni di sostegno per le « donne di qualsiasi età, prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi residenti » in aree bisognose di un azione differenziale (343). Di fronte a una crisi occupazionale dai lineamenti strutturali e in cui non è in discussione il funzionamento del mercato, ma la sua stessa capacità di giustificare nuovi contratti, la perdurante, indiscussa fiducia negli incentivi lascia interdetti, non solo per il disagio programmato dei tanti esclusi da simili forme di sostegno, ma perché esse hanno un senso qualora la disoccupazione si colleghi al precario incontro fra domanda e offerta, non

(341) V. l'art. 35, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(342) V. l'art. 53, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(343) V. l'art. 53, quarto comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

quando si assista a un arretramento complessivo e stabile del sistema economico.

Tradizionale è il tentativo del Governo di introdurre principi generali sugli incentivi, ai fini di prevenzione di comportamenti disinvolti (344), poiché la disposizione sottintende una valutazione positiva sulle strategie complessive dell'ordinamento, tanto che si conferma, con modificazioni, l'operare dell'art. 8, comma nono, della l. n. 407/1990 e degli artt. 8 e 25 della l. n. 223/1991. La misura a favore delle donne e dei prestatori di opere ultracinquantenni ha un taglio aggiuntivo. Il sostegno pubblico non opera qualora si stipuli un contratto di somministrazione e nel caso del collocamento obbligatorio (idea questa singolare, destinata a rendere ancora più odiosa la stipulazione del contratto e l'intromissione imperativa nell'area di autonomia privata dell'impresa) (345) e « gli incentivi non spettano in riferimento a quei lavoratori che siano stati licenziati, nei dodici mesi precedenti, da parte di un datore di lavoro che, al momento del licenziamento, presenti assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli del datore di lavoro che assume ovvero risulti con questo ultimo in rapporto di collegamento o controllo » (346).

Ispirata a sana prudenza e a meritori intenti antifrodatori, la disposizione conferma conclusioni alle quali si sarebbe potuto e dovuto giungere già sulla base del diritto vigente e ribadisce l'illegittimità di spericolate operazioni, basate sull'indebito godimento di sgravi contributivi, oltre tutto con effetti negativi sulla concorrenza. Più discutibile è la fiducia nell'integrazione fra le politiche attive per l'impiego e le misure di sostegno del reddito, con la puntuale catalogazione degli interventi formativi e di sostegno riservati « ai beneficiari di ammortizzatori sociali per i quali lo stato di disoccupazione costituisca requisito » (347). A fronte di una crisi strutturale, dove vi è un arretramento generale del sistema produttivo e non un semplice spiazzamento di persone con competenze obsolete, lo spazio dato alla formazione non ha portato

(344) V. l'art. 54 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(345) V. l'art. 54, primo comma, lett. a), del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(346) V. l'art. 54, primo comma, del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(347) V. l'art. 59 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

grandi successi e le risorse sarebbero state da concentrare nell'allungamento dei periodi di godimento delle prestazioni previdenziali. Nel rispetto della competenza delle Regioni, le indicazioni sui « livelli essenziali delle prestazioni » (348) sono generiche e non contribuiscono molto a migliorare l'efficacia dell'attività pubblica, che potrà continuare con i disservizi abituali e con le condotte ai limiti della legalità, tipiche delle iniziative formative. Del pari, l'attribuzione della delega al Governo in materia di politiche attive e servizi all'impiego non dovrebbe portare a sostanziali miglioramenti (349).

23. *La tutela del reddito nelle procedure concorsuali e, in particolare, nel fallimento.*

Il generale principio della prosecuzione del rapporto nonostante il fallimento del datore di lavoro sottolinea la continuità dell'impresa a prescindere dal suo dissesto. Il regime previdenziale introdotto per le fattispecie di fallimento presuppone il licenziamento, anche se il trattamento straordinario di integrazione salariale previsto dall'art. 3 della l. n. 223/1991 è considerato « automatico e obbligatorio » (350). Il ricorso al trattamento straordinario di integrazione salariale non è solo una soluzione di comodo, volta solo ad attenuare l'impatto sociale dei recessi (351), ma uno strumento utile a verificare il possibile trasferimento di azienda. La stessa giurisprudenza comunitaria ha sottolineato elementi di peculiarità nei recessi connessi al fallimento (352), ricavando principi settoriali, poiché alla legge non si chiede tanto una sintesi fra gli interessi del datore di lavoro e dei dipendenti, quanto una attenuazione delle ricadute patrimoniali dell'evento traumatico. L'accento cade sulle misure previdenziali (353).

(348) V. l'art. 59 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(349) V. l'art. 65 del disegno di legge reso noto fra il 5 e il 6 aprile 2012.

(350) V.: Caiafa 2004, 37 ss.

(351) Sul fatto che, in caso di fallimento o di altra procedura concorsuale, difetta alcuna discrezionalità nell'ammissione al trattamento straordinario di integrazione salariale, v. Liebman 1995, 29 ss.

(352) V. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. VI, 17 dicembre 1998, n. 250, in *LG*, 1998, 1119.

(353) Sul fatto che già nell'impostazione dell'art. 3 della l. n. 223/1991 « poteva

L'intensa tutela accordata nelle ipotesi di fallimento dimostra come, sulla base di una ponderata applicazione dei criteri di correttezza, il giudice debba guardare ai tentativi del datore di lavoro (anche tramite recessi) di evitare o, meglio, di prevenire stati di dissesto. Infatti, quando essi diventano irrimediabili, non recano solo danno a tutti i dipendenti, ma hanno pesanti conseguenze sulla spesa pubblica, per il riequilibrio delle prospettive di vita e di ricollocazione professionale dei lavoratori. In fondo, il rimedio al fallimento consiste nella preventiva adesione a sforzi volti a prevenirlo e, dopo, il rapporto si estingue sempre, ma, per la presenza di organi pubblici e per l'accertamento già compiuto dello stato di insolvenza, poco senso ha la consultazione voluta dalla l. n. 223/1991. Infatti, vengono meno le esigenze proprie dell'art. 4 della l. n. 223/1991 (354). Ferma la loro natura di recessi collettivi (quando sussistono i presupposti della l. n. 223/1991), quelli intimati dal curatore rimangono negozi, ma rientrano in una sfera di valutazione non più dominio della trattativa sindacale, ma del controllo preordinato per legge in relazione a ciascuna fattispecie concorsuale.

Gli strumenti di controllo sono quelli previsti dalla regolazione fallimentare e non ha spazio l'azione del singolo prestatore di opere; dopo la determinazione del curatore, non si vede quale sindacato potrebbe essere deferito al giudice e il ricorso al trattamento di integrazione salariale è funzionale alla cessione del compendio aziendale, se possibile. Ciò non comporta una riduzione della protezione dei dipendenti, visto il rilevante riequilibrio di tutele conferito da una intensa salvaguardia sul versante previdenziale. Le ultime proposte del Governo pensano all'abrogazione dell'art. 3 della l. n. 223/1991 e vi è da chiedersi se la scelta sia stata meditata, poiché la tutela nell'ambito del fallimento e delle altre procedure concorsuali richiede attenzione specifica.

leggersi un'importante eccezione all'assetto strutturale (voluta dalla medesima legge) fondato sulla netta distinzione tra eccedenze temporanee di manodopera (...) ed eccedenze definitive (causa di licenziamento collettivo o di messa in mobilità), eccezione apparsa « quasi una sorta di anticipazione del processo di progressivo riasservimento della cassa integrazione guadagni straordinaria alla funzione di ammortizzatore sociale degli esuberanti di manodopera nelle crisi delle imprese medio-grandi », v. Chieco 2001, 226 ss.; v. anche Liso 1997, 12 ss.

(354) In senso opposto, v. Chieco 2001, 232 ss.

Se si opta per una concezione selettiva dei presupposti per l'ammissione al trattamento di integrazione salariale, ci si può chiedere che senso possa avere un simile istituto a seguito della dichiarazione di fallimento e, si potrebbe aggiungere, in tale ipotesi i licenziamenti dovrebbero essere immediati. Tuttavia, un qualche spazio al curatore per il reperimento di un acquirente dell'azienda deve essere lasciato, se non si vuole dare per scontato (e non sarebbe ragionevole) che la liquidazione non possa o non debba riguardare l'intero compendio. In questa logica, l'art. 3 della l. n. 223/1991, con il suo riferimento all'integrazione salariale, può lasciare sorpresi, poiché tale misura previdenziale è prevista per situazioni di impossibile recupero della funzionalità dell'impresa.

Essa ha un obiettivo diverso e, cioè, comportare la prosecuzione dei rapporti non in funzione di una ulteriore attività, con l'eccezione del raro caso dell'esercizio provvisorio, ma di garantire uno stabile assetto dell'azienda, nell'auspicio di una sua alienazione o di un suo affitto. La tutela del reddito non può avere luogo solo dopo l'estinzione dei rapporti, poiché, in previsione dell'auspicato operare dell'art. 2112 c.c. a favore di tutti loro o di una parte, il licenziamento deve essere differito per un periodo di tempo utile a consentire al curatore il tempo per una iniziativa di trasferimento dell'azienda. L'art. 3 della l. n. 223/1991 esprime questa esigenza.

Qualora non sia disposto l'esercizio provvisorio, l'art. 3 prevede e, in qualche modo, impone la sospensione dei rapporti. Dopo un anno, ai sensi dell'art. 4, il curatore può aprire (e lo deve fare, se non vi sono altre possibili soluzioni) una procedura di mobilità. Il percorso è seguito quasi sempre, senza particolari traumi. Spesso i curatori si chiedono se possono avviare in modo simultaneo la procedura per il ricorso al trattamento straordinario di integrazione salariale e quella di mobilità, qualora i prestatori di opere sospesi trovino nell'anno una diversa collocazione e vogliano essere licenziati, affinché i nuovi datori di lavoro possano usufruire dei correlati sgravi contributivi. Il quesito merita una risposta positiva.

L'art. 3 introduce una sorta di termine a favore dei prestatori di opere, nel senso che il curatore non può intimare i licenziamenti prima dell'esaurimento dell'intervento di integrazione salariale, affinché, in tale lasso di tempo, gli organi fallimentari stabiliscano

se vi sia possibilità di un trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o, comunque, una qualche soluzione a garanzia della stabilità occupazionale. Però, nulla vieta una anticipata collocazione in mobilità con il consenso e, in sostanza, su richiesta del dipendente, qualora gli sgravi collegati all'iscrizione nelle liste di mobilità gli permettano di stipulare un contratto con un differente datore di lavoro. Poiché, alla fine del periodo di sospensione, l'iscrizione è certa, essa può essere anticipata, con un licenziamento intervenuto in pendenza del periodo di sospensione, a fronte di un contestuale espletamento delle due procedure, quella dell'art. 3 e quella dell'art. 4 della l. n. 223/1991.

24. *Alcune linee prospettive.*

Le prospettive ispirano un certo sconforto, poiché i mali del sistema vigente non sono in procinto di scomparire, perché mancano le condizioni culturali per una svolta, a cominciare dall'improbabile recupero di forza propositiva dello Stato. Senza una credibilità dell'intera amministrazione, le spinte corporative e concertative continuano a programmare una disuguaglianza fra i lavoratori, con la tutela esasperata di coloro che godono del trattamento di integrazione salariale, in specie di quello straordinario. La pretesa centralità delle aziende industriali di maggiori dimensioni è smentita dai fatti e uno Stato moderno dovrebbe resistere a indebite e perturbanti pressioni dei datori di lavoro e delle associazioni sindacali e ripristinare un equilibrio generale, che abbia al centro l'interesse della persona.

In modo ancora più grave, se non assume un profilo energico, lo Stato è il passivo esecutore della volontà delle imprese di prolungare la loro esistenza, in contrasto con criteri selettivi. Lo dimostra la disciplina del diritto fallimentare, a cominciare dalle assurde modificazioni dell'istituto del concordato preventivo, per la pretesa esigenza di garantire la persistenza di qualunque azienda, anche di quelle non in grado di operare in modo efficiente e legittimo e, quindi, apportatrici di insolvenza, non di occasioni produttive. È demagogico pensare che l'ordinamento debba salvare le « imprese » o i « posti di lavoro », in un momento nel quale solo piani creativi e risorse garantiscono un futuro.

L'approccio alla crisi è stato tradizionalista e assistenzialista, quindi sbagliato, con un patto neppure troppo sotterraneo fra le

illusioni delle associazioni sindacali e quelli del sistema politico. Entrambi meritano un giudizio negativo, per la passività, la pigrizia intellettuale e l'inerzia. Se, come vi è da temere, l'attuale situazione è strutturale, i licenziamenti sono inevitabili e, in larga parte, già definiti, sulla base di processi immodificabili. A fronte di una contrazione significativa delle occasioni di occupazione, il sistema previdenziale deve puntare all'uguaglianza, imposta dal duro stato di bisogno. Nel rispetto dei vincoli comunitari, gli interventi volti ad assicurare la persistenza delle imprese devono muovere non dall'idea di tutelarle tutte, ma di scegliere quelle meritevoli.

Può essere conveniente dal punto di vista tattico, per vantaggi di immagine o elettorali, sminuire l'importanza delle presenti contingenze. Peraltro, è illusorio pensare che, in breve, le imprese inefficienti possano ritrovare occasioni di profitto stabile, in nome di un recupero del nostro sistema, insidiato dalle sue intrinseche deficienze e da una competizione esasperata a livello planetario. La difesa della tradizione non aiuta. Il perdurare dei problemi, il loro carattere capillare, l'obsolescenza di varie organizzazioni, un impoverimento articolato dell'intero Paese, le perduranti tensioni nel settore edilizio, una riduzione della liquidità dei soggetti economici avrebbero dovuto suggerire un approccio più coraggioso, in luogo della difesa tenace, ma passiva delle imprese per come sono, nella convinzione che, ancora una volta, possa avere ragione il motto del Gattopardo. Per i pessimisti, fra i quali mi iscrivo, questa lode dell'abituale non nasconde solo timidezza, ma la sottovalutazione dell'avvenire, nel quale avranno spazio, nella legittimità, le imprese più organizzate e attente, quelle in grado di fronteggiare le sfide, non sempre quelle industriali.

Una concezione universalistica della tutela del reddito è un punto irrinunciabile di una politica equa, con il prodromico scardinamento delle resistenze corporative di associazioni sindacali incapaci di... svolgere la loro funzione, cioè di difendere il lavoro e non il loro interesse settoriale. Nelle proposte del Governo si trova molta mediazione, con poco coraggio e con la singolare convinzione per cui le porte del futuro sarebbero da costruire sulla regolazione delle conseguenze sanzionatorie dei licenziamenti illegittimi. L'insicurezza genera una ostilità inevitabile di fronte alle decisioni aziendali e, qualunque sia il regime, un licenziamento è de-

stinato a essere il presupposto di uno scontro tanto aspro, quanto lungo, se esso è percepito come l'inizio di una condizione di stabile bisogno. Il diritto non può creare le premesse per un recupero del sistema produttivo e la trasformazione dell'art. 18 st. lav. non può affatto condurre a tanto; al contrario, in luogo di insistere su tale disposizione e, in fondo, di accanirsi sui licenziamenti, quando essi sono inevitabili, la strada maestra sarebbe la tutela delle persone fuori dal rapporto.

Questo dovrebbe consentire il reperimento di una diversa collocazione e dovrebbe concernere tutti, poiché la diffusione del bisogno in qualunque area sociale è uno dei segnali più sconcertanti della nostra condizione attuale. La timidezza del legislatore è tanto sconcertante, quanto lo è l'attenzione esasperata per l'art. 18 st. lav., oltre tutto senza che si intervenga sulla disciplina sostanziale della legittimità dei recessi. La stabilità non è una sorta di sintesi ideale delle ragioni dei prestatori di opere, e lo sarà sempre meno, in un mondo dominato dalla competizione e dalla precarietà delle prospettive aziendali. A prescindere dal fatto che i lavoratori estranei all'area di vigenza dell'art. 18 st. lav. meritano pari rispetto e che il loro fare e le loro aspettative hanno la stessa dignità, prima di rivedere l'art. 18 st. lav. ci si dovrebbe chiedere perché la disuguaglianza davanti ai licenziamenti dovrebbe essere accompagnata da quella di fronte agli interventi di sicurezza sociale.

Di un vero universalismo non si può più fare a meno. Non si deve rinunciare alla giustizia, a maggiore ragione qualora essa è invocata con più paura e con una più intensa e fondata preoccupazione. Per un verso, si dovrebbe ragionare della sintesi fra l'art. 8 della l. n. 604/1966 e dell'art. 18 st. lav.; per altro verso, lo Stato dovrebbe considerare il lavoratore in sé, fuori dagli schemi di una programmata asimmetria. Il diritto non si dovrebbe spaventare né di fronte alle novità annunciate, né davanti all'acuirsi del bisogno. Se mai, vi è da dubitare delle capacità dello Stato di comprendere l'oggi e di affrontare il domani. A tale riguardo, la bizzarra trasformazione dell'art. 18 st. lav. vale come la riforma previdenziale promessa. Le linee prospettiche sono ispirate alla preoccupazione e rafforzano tali sentimenti le ultime proposte del Governo, velleitarie e confuse e avulse dalla quotidiana vita delle imprese e dei lavoratori.

La politica ha dimostrato ancora una volta i suoi limiti. La

ricerca della giustizia non consente né sintesi improvvisate, né affermazioni estemporanee. La fede nel ruolo del pensiero scientifico e nei suoi fondamenti è l'unica indicazione conclusiva. In uno studio di una diversa disciplina, si è terminata una analisi sul sistema con frasi in parte sconsolate e, in parte, ispirate alla speranza. Si è detto che « un sistema (...) è sempre un sistema di tipo caotico nel senso che è impossibile la riduzione a un modello permanente che possa tenere conto di tutte le forze in esso agenti, salvo che in una visione meramente istantanea », con la precisazione per cui la « caoticità (...) non significa complessità: questa sta a significare la presenza di più elementi sordinati fra loro ma tutti dello stesso segno, mentre nella caoticità i diversi elementi esprimono valori diversi e spesso confliggenti fra loro. E tale è la situazione concreta sulla quale si applicano i nostri studi » (355). Le motivazioni dello sconforto sono evidenti e riportano alla precarietà della nostra condizione esistenziale. Però, tali parole celano un messaggio di speranza; a fronte del caos, vi è una intelligenza che ricerca e in ciò compie la sua missione di vita.

Non a caso, poche pagine dopo, si legge: « chi si limitasse a una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell'espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica (...). Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a figurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile ricerca di verità e di certezza che è l'aspirazione più viva e profonda di ogni uomo » (356). Così conviene chiudere anche queste riflessioni, salvo ricordare l'ovvio e, cioè, che l'impegno alla costruzione del sistema dà garanzia di sacrificio, ma non di successo.

Riferimenti bibliografici

ALAIMO A. (2009), *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Torino.

ALES E. (2001), *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un « sistema integrato di microsistemi »*, in *ADL*, 981 ss.

(355) V.: F. Benvenuti 1996, 464 ss.

(356) V.: F. Benvenuti 1996, 492 ss.

- ALLEVA P.G. (1991), *Il perché di una nuova legge sui licenziamenti e i problemi applicativi*, in *LI*, n. 21, 26 ss.
- ALLEVA P.G. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del d.lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 887 ss.
- AMATO G. (1974), *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 275 ss.
- ANDREONI A. (1993), *Indennità di mobilità e mercato del lavoro*, in AA.Vv., *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, Torino, 180 ss.
- ANDREONI A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppi economico. I percorsi costituzionali*, Torino.
- ANDREONI A. (2011), *Integrazioni salariali e valori costituzionali nell'età del capitale « introverso »*, in *RGL*, I, 359 ss.
- ANGIOLINI V. (2001), *Legalità, eguaglianza e pluralismo giuridico: in margine alla Carta europea dei diritti e al dibattito italiano sul federalismo*, in *RGL*, I, 15 ss.
- ANZON A. (1993), *Nuove tecniche di decisione di questioni di costituzionalità e attuazione dell'art. 81, comma quarto, della Costituzione*, in AA.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione*, Milano, 252 ss.
- APOSTOLI A. (2005), *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano.
- BALANDI G.G. (1984), *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Milano.
- BALANDI G.G. (1986), *Attualità e problemi delle assicurazioni sociali*, in *DLRI*, 527 ss.
- BALANDI G.G. (1995), *Non lavoro e protezione sociale*, in *LD*, 9 ss.
- BALANDI G.G. (2001), *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *LD*, 483 ss.
- BALANDI G.G. (2002), *Sicurezza sociale*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, vol. XIII, 419 ss.
- BALBONI (1987), *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, Bologna.
- BALDASSARRE A. (1989), *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. V.
- BALLESTRERO M.V. (2001), *Differenze e principio d'uguaglianza*, in *LD*, 424 ss.
- BALLETTI E. (1992), *Indennità di mobilità*, in AA.Vv., *Integrazioni salariali, eccezioni di personale e mercato del lavoro*, a cura di G. Ferraro - F. Mazziotti - F. Santoni, Napoli, 167 ss.
- BALLETTI E. (2000), *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Torino.
- BARBERA M. (2002), *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *RGL*, I, 814 ss.
- BARBIERI M. (2009), *Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia*, in AA.Vv., *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, a cura di P. Curiò, Bari, 83 ss.
- BARBIERI M. (2011), *Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli accordi Stato - Regioni e Regioni - parti sociali*, in *RGL*, I, 379 ss.
- BARILE (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna.
- BARTOLI G. - OCCHICUPPO G. (2010), *La lotta alla povertà e all'esclusione sociale: un impegno per l'Unione europea e per gli Stati membri*, in *RIDL*, IIII, 369 ss.
- BAVARO V. (2010), *Accordi separati ed enti bilaterali*, in *RGL*, I, 109 ss.

- BELLARDI L. (1989), *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva. Il settore edile*, Milano.
- BELLAVISTA A. (1998), *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, in *RIDL*, II, 476 ss.
- BENVENUTI F. (1996), *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova.
- BERTON F. - RICHIARDI M. - SACCHI S. (2009), *Flex - in security, perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna.
- BIN R. (1992), *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 73 ss.
- BOZZAO P. (2003), *Dal « lavoro » alla « laboriosità »*. Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale, in *RDSS*, 597 ss.
- BOZZAO P. (2005), *La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino.
- BOZZAO P. (2011), *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *DLRI*, 589 ss.
- BRONZINI G. (2010a), *Basic income*, in AA.Vv., *Lessico giurislavoristico*, a cura di M. Pedrazzoli, Bologna, 49 ss.
- BRONZINI G. (2010b), *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine « costituzionale » per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in AA.Vv., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Toma, 35 ss.
- BRONZINI G. (2011), *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *DLRI*, 225 ss.
- CALFA A. (2004), *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova.
- CANAVESI G. (2011), *La « dote lavoro » in Lombardia: un nuovo modello di politiche del lavoro*, in *RDSS*, 59 ss.
- CANAVESI G. (2009), *Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori*, in *DRI*, 340 ss.
- CAPOGRASSI G. (1955), *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1955, 413 ss., ristampa in *La vita etica*, Milano, 2008, 621 ss.
- CAPOTOSTI R. (1996), *Prestazione di servizi. I. Diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1 ss. (dell'estratto).
- CAPPELLINI P. (2002), *Il codice eterno*, in AA.Vv., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini - B. Sordi, Milano.
- CARABELLI U. (2002), *Relazione*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Baia delle Zagare 25-26 maggio 2001, Milano, 352 ss.
- CARABELLI U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 1 ss.
- CARINCI F. (1999), *I due volti della riforma: regionalizzazione e privatizzazione*, in *QDLRI*, n. 22, 9 ss.
- CARINCI F. (2001), *Osservazioni sul Titolo quinto della Costituzione. La materia del lavoro*, in *ILLJ*, vol. III, n. 6.
- CARINCI F. (2003), *Il casus belli degli enti bilaterali*, in *LD*, 205 ss.
- CARINCI F. (2006), *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, 1496 ss.

- CARUSO B. (2007), *Occupabilità, formazione e « capability » nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 1 ss.
- CASAVOLA P. (1989), *Intervento*, in AA.Vv., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, a cura di Asap - Intersind, 1989, 21 ss.
- CASSESE S. (2002), *La crisi dello Stato*, Roma.
- CASSESE S. (2009), *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma.
- CAZZETTA G. (2007), *Contratto di lavoro e forma della questione sociale nell'Italia liberale*, in *DLRI*, 577 ss.
- CEREA G. (1997), *Regionalismo possibile e regionalismo auspicabile*, in *R*, 102 ss.
- CHIARELLI G. (1971), *La sicurezza sociale*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da G. Mazzoni e L. Riva Sanseverino, vol. III, Padova.
- CHIAROMONTE W. (2009), *Le incertezze della Consulta sull'accesso degli stranieri alle prestazioni non contributive e le recenti novità in tema di misure assistenziali*, in *RDSS*, 371 ss.
- CHIECO P. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale nelle procedure concorsuali in Italia*, in AA.Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, a cura di Veneziani - Carabelli, Bari, 227 ss.
- CIANFEROTTI G. (2007), *Testi e contesti di storia del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 575 ss.
- CINELLI M. (1982a), *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Milano.
- CINELLI M. (1982b), *Sicurezza sociale e « assistenzialismo » nella prospettiva di crisi dello Stato sociale*, in *Città e Regione*, 115 ss.
- CINELLI M. (1990), *Sicurezza sociale*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 502 ss.
- CINELLI M. (1994), *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in *DLRI*, 53 ss.
- CINELLI M. (1996), *Rapporto giuridico di previdenza sociale*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, vol. XII, 49 ss.
- CINELLI M. (2000), *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, in *RIDL*, I, 156 ss.
- CINELLI M. (2005a), *« Nuovi lavori » e tutele: quali spazi per la previdenza sociale*, in *RIDL*, I, 225 ss.
- CINELLI M. (2005b), *Riforma del mercato del lavoro e tutela sociale dei nuovi lavori, tra ombre e luci*, in *RIMP*, I, 1 ss.
- CINELLI M. (2009), *Verso un nuovo welfare?*, in AA.Vv., *Lavoro, competitività, welfare, dal d.l. n. 112 del 2008 alla riforma del lavoro pubblico*, a cura di M. Cinelli - G. Ferraro, Torino, 467 ss.
- CINELLI M. (2011), *Modelli di welfare e esigenze di protezione sociale*, in AA.Vv., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, a cura di R. Pessi - A. Vallebona, Padova, 109 ss.
- CINELLI M. - GIUBBONI S. (2005), *Il diritto della previdenza sociale in trasformazione*, Torino.
- CINELLI M. - NICOLINI C. A. (2009), *Le misure sociali di contrasto agli effetti della crisi globale*, in *RIDL*, III, 1 ss.
- CORSO G. (1981), *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *RTDP*, 755 ss.
- COSTA P. (2009), *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *LD*, 35 ss.
- CUOCOLO F. (2005), *Forme di stato e di governo*, in *Dig., disc. pubbl.*, vol. VI, 492 ss.
- DAHRENDORF R. (1988), *Per un nuovo liberalismo*, Roma-Bari.

- DAEUBLER W. (2006), *A proposito del libro di Bob Hepple: labour laws and global trade*, in *DLRI*, 767 ss.
- D'ANTONA M. (1990a), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 540 ss.
- D'ANTONA M. (1990b), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, 11 ss.
- D'ANTONA M. (1992), *Uguaglianze difficili*, in *LD*, 599 ss.
- D'AURIA G. (2001), *Il lavoro pubblico dopo il nuovo Titolo quinto (parte seconda) della Costituzione*, in *LPA*, 753 ss.
- DE CRISTOFARO M.L. (1982), *Mercato del lavoro, formazione professionale e collocamento*, in AA.Vv., *Collocamento e mercato del lavoro*, a cura di M.G. Garofalo, Bari, 79 ss.
- DE MARCO G. (2009), *Gli ammortizzatori sociali tra vecchie e nuove proposte*, in *RIDL*, 563 ss.
- DELL'ARINGA C. (2009), *Distribuzione del reddito e mobilità del lavoro*, Bologna.
- DELL'ARINGA C. (2011), *La flexicurity in Italia: problemi e opportunità*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Milano, vol. I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, 145 ss.
- DELL'ARINGA C. - LUCIFORA C. (2009), *Il mercato del lavoro in Italia*, Bologna.
- DELL'OLIO M. (2005), *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, *Scritti in onore di Mattia Persiani*, Padova, tm. I, 104 ss.
- DEL PUNTA R. (1997), *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *QDLRI*, n. 19, 10 ss.
- DE SIERVO U. (1997), *Riforma del regionalismo e Stato sociale*, in AA.Vv., *Regionalismo, federalismo, welfare State*, Milano, 57 ss.
- DE SIMONE G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *LD*, 533 ss.
- DI STATI, A. (2011), *Gli ammortizzatori sociali tra « il cielo delle idee » e le più recenti novità legislative. Una introduzione*, in *RGL*, I, 339 ss.
- DONATI P. (1984), *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Milano.
- DONATI P. (1994), *La cultura della cittadinanza oltre lo Stato*, Roma.
- DONDI G. - ZAMPINI G. (2002), *Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del Titolo quinto, parte seconda, della Costituzione*, in *LPA*, 2002, suppl. fasc. 1, *Il nuovo titolo quinto della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, 184 ss.
- ELIA L. (1982), *La forma di governo e il sistema politico italiano*, in AA.Vv., *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Bari, 117 ss.
- EMANUELE F.M.E. (2008), *Il terzo pilastro. Il non profit motore del nuovo welfare*, Napoli.
- FEDELE F. - MORRONE A. (2012), *La legislazione sociale del 2011 tra crisi della finanza pubblica e riforma delle pensioni*, in *RDSS*, 105 ss.
- FERRARESE M.R. (2002), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna.
- FERRAJOLI L. (1995), *La sovranità nel mondo moderno*, Milano.

- FERRAJOLI L. (2007), *Principia iuris*, Bari.
- FERRANTE V. (2009), *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *DRI*, 918 ss.
- FERRERA M. (2005), *The boundaries of welfare. European integration and the new spacial politics of social solidarity*, Oxford.
- FREEDLAND M.R. - CONTOURIS N. (2002), *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *DLRI*, 563 ss.
- GAETA L. (2007), *I giuslavoristi davanti alla storia: alcuni pregiudizi e un paio di certezze*, in *DLRI*, 585 ss.
- GARANCINI G. (1978), *La problematica dell'assistenza nello sviluppo dello Stato moderno*, in *Iustitia*, 365 ss.
- GAROFALO D. (2004), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in AA.Vv., *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 71 ss.
- GAROFALO D. (2008), *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi « neocostituzionalista »*, in *DLRI*, 9 ss.
- GAROFALO D. (2010), *Gli ammortizzatori sociali in deroga. Dal d.l. n. 185/2008 alla l. n. 191 del 2010*, Milano.
- GAROFALO G. (2011), *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazioni di metodo*, in *DLRI*, 515 ss.
- GENTILE G. - AVOLIO C. - BALDASSARRE A. (2011), *L'esperienza del reddito di cittadinanza: welfare locale, strumenti partecipativi e politiche di inclusione sociale*, in *DLM*, 333 ss.
- GHERA E. (1996), *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *RGL*, I, 123 ss.
- GHERA E. (1999), *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, tm. I, Bari, 492 ss.
- GHEZZI G. (1985), *Conclusioni*, in AA.Vv., *Prospettive di superamento della cassa integrazione guadagni*, Atti del Convegno di Milano del 23 febbraio 1985, in *L80, quad.*, 175 ss.
- GHEZZI G. (2002), *Dove va il diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *LD*, 333 ss.
- GIANNINI M.S. (1977), *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti per Costantino Mortati*, vol. I, Milano, 387 ss.
- GIANNINI M.S. (1986), *Il pubblico potere*, Padova.
- GIDDENS A. (1998), *La terza via*, Milano.
- GIORGIS A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Torino.
- GIUBBONI S. (2005a), *Flessibilità, mobilità, « atipicità » dei lavori e sicurezza sociale*, in *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 9 ss.
- GIUBBONI S. (2005b), *Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione: il caso italiano in prospettiva europea*, in *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 167 ss.
- GIUBBONI S. (2005c), *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in AA.Vv., *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 23 ss.
- GIUBBONI S. (2011), *I diritti sociali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, *RPS*, 447 ss.

- GIUBBONI S. (2012), *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna.
- GNES M. (2004), *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano.
- GRANDI M. (1988), *Dal collocamento alla politica attiva dell'occupazione: nuovi profili e strumenti dell'organizzazione giuridica del mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 137 ss.
- GRANDI M. (2001), *Dal contratto di lavoro a una « scienza » del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 538 ss.
- GRECO M.G. (2006), *Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 71 ss.
- GRECO R. (2006), *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *RGL*, I, 519 ss.
- GROSSI P. (2000), *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano.
- HEMERLICK A. (2002), *Come cambia il modello sociale europeo*, in *SM*, 203 ss.
- HEPPLE B.A. (2009), *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *DLRI*, 391 ss.
- ICHINO P. (1982), *Il collocamento impossibile*, Bari.
- ICHINO P. (2007), *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *DLRI*, 425 ss.
- IRTI N. (2002), *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *RTDPC*, 702 ss.
- IRTI N. (2004), *Nichilismo e metodo giuridico*, Roma.
- LAGALA C. (2002), *Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *RDSS*, 363 ss.
- LAGALA C. (2004), *Un welfare compassionevole per i lavoratori precari*, in *RGL*, I, 363 ss.
- LAGALA C. - LISO F. (2006), *La revisione degli ammortizzatori sociali del Governo Berlusconi*, in *AA.Vv., Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 675 ss.
- LAMBERTUCCI P. (2004), *La disciplina della promozione dell'occupazione dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2004, 1157 ss.
- LASSANDARI A. (2002), *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *RGL*, I, 238 ss.
- LA TERZA M. (2008), *Indennità di disoccupazione, ammortizzatori sociali e mercato del lavoro fino alle leggi del dicembre 2007*, in *MGL*, 194 ss.
- LA TERZA M. (2009), *Ammortizzatori sociali in deroga e indennità di disoccupazione in deroga*, in *AA.Vv., Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, a cura di P. Curzio, Bari, 756 ss.
- LEONARDI S. (2008), *Ammortizzatori sociali ed enti bilaterali: una rassegna di norme e accordi collettivi*, *RPS*, 268 ss.
- LIEBMAN S. (1995), *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *DRI*, 23 ss.
- LISO F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda*, Milano.
- LISO F. (1997), *La galassia normativa dopo la legge 223 del 1991*, in *DLRI*, 1997, 12 ss.
- LISO F. (2002), *Collocamento e agenzie private*, in *DLRI*, 593 ss.

- LISO F. (2004), *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in AA.Vv., *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di R. De Luca Tamajo - M. Rusciano - L. Zoppioli, Napoli, 373 ss.
- LISO G. (2008), *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, vol. II, Bari, 597 ss.
- LISO F. (2009), *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19 del decreto legge n. 185/2008, convertito nella legge n. 2/2009*, in *RDSS*, 701 ss.
- LISO F. (2012), *Legge, autonomia e bilateralità: un caso problematico*, in *RDSS*, 55 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L. (1979), *Assistenza, società e persona (l'esclusione sociale)*, in *Iustitia*, 155 ss.
- LOY G. (1988), *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano.
- LOY G. (2009), *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in AA.Vv., *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera - A. Pace, Napoli, 2009, 3 ss.
- LUCIANI M. (2001), *Forma di Stato: la Repubblica delle autonomie*, in AA.Vv., *La Repubblica delle autonomie. Democrazia, partecipazione, solidarietà*, Roma, 21 ss.
- MAGNANI M. (2002), *Il lavoro nel titolo quinto della Costituzione*, in *ADL*, 645 ss.
- MAGNANI M. (2011), *L'uso allargato della cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 409 ss.
- MANCINI G.F. (1975), *Commento all'art. 4 Cost.*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione. Artt. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 247 ss.
- MARCHETTI P. (2006), *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano.
- MARIUCCI L. (1979), *I licenziamenti « impossibili »; crisi aziendali e mobilità del lavoro*, in *RTDPC*, 1360 ss.
- MARIUCCI L. (1979), *I licenziamenti collettivi tra prassi sindacale e opinione degli interpreti*, in *RTDPC*, 723 ss.
- MAZZIOTTI M. (1964), *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII.
- MAZZIOTTI F. (2001), *Limiti alla flessibilità*, in *LG*, 1113 ss.
- MAZZOTTA O. (1991), *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 489 ss.
- MAZZOTTA O. (2001), *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *DLRI*, I, 219 ss.
- MAZZOTTA O. (2003), *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, I, 265 ss.
- MAZZOTTA O. (2005), *Lavoro, impresa, eguaglianza*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Scritti in onore di Mattia Persiani*, Padova, tm. I, 182 ss.
- MENGGONI L. (1988a), *I diritti sociali*, in *ADL*, 2 ss.
- MENGGONI L. (1988b), *La questione del « diritto giusto » nella società postliberale*, in *RI*, 13 ss.
- MENGGONI L. (1989), *Intervento*, in AA.Vv., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, a cura di Asap - Intersind, 1989, 21 ss.
- MENGGONI L. (1998), *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.Vv., *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 3 ss.
- MISCIONE M. (1993), *L'indennità di mobilità*, Napoli.

- MISCIONE M. (2007), *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *DLRI*, 695 ss.
- MISCIONE M. (2012), *Il mercato del lavoro degli anni 2000*, in *LG*, 5 ss.
- MORO G. (2011), *Per una critica agli ammortizzatori sociali dell'emergenza*, in *RGL*, I, 427 ss.
- MORTATI C. (1975), *Commento all'art. 1*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 3 ss.
- NANIA R. (2009), *Riflessioni sulla « costituzione economica » in Italia: il lavoro come « fondamento », come « diritto », come « dovere »*, in AA.Vv., *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, a cura di E. Ghera - A. Pace, Napoli, 2009, 61 ss.
- NAPOLI M. (2002), *Tutela e sicurezza del lavoro nella riforma del titolo quinto della Costituzione*, in *J*, 343 ss.
- NAPOLI M. (2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *DLRI*, 586 ss.
- NAPOLI M. (2008), *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 59 ss.
- NAPOLI M. (2008), *Diritto del lavoro e riformismo sociale*, in *LD*, 337 ss.
- NAPOLI M. (2011), *Contrattazione collettiva e solidarietà*, in AA.Vv., *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, a cura di R. Pessi - A. Vallebona, Padova, 189 ss.
- NAPOLI M. (2012), *Riflessioni sul sistema della « dote lavoro » in Lombardia*, in *RDSS*, 63 ss.
- NAPOLI M. - OCCHINO A. - CORTI M. (2011), *I servizi per l'impiego (art. 2098)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger - F. Busnelli, Milano.
- NATULLO G. (2002), *La contrattazione collettiva sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi: funzioni, contenuti, struttura*, in *DRI*, 3 ss.
- NOGLER L. (2001), *La scienza giuslavoristica italiana tra il 1901 e il 1960 e Hugo Sinzheimer*, in *DLRI*, 555 ss.
- NOGLER L. (2009), *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro?*, in *LD*, 427 ss.
- NUNIN R. (2011), *Gli interventi regionali nelle crisi occupazionali dopo la riforma del Titolo quinto della Costituzione*, in *RGL*, I, 407 ss.
- OLIVELLI P. (1988), *La Costituzione e la sicurezza sociale. Principi fondamentali*, Milano.
- OLIVELLI P. (2003), *Prospettive di un sistema integrato pubblico-privato nei servizi per l'impiego*, a cura di Olivelli, in AA.Vv., *Il « collocamento » tra pubblico e privato*, I, Milano, 1 ss.
- ONOFRI P. (2007), *Le politiche sociali dieci anni dopo*, in AA.Vv., *Le riforme del welfare dal Rapporto Onofri a oggi*, *PSS*, Inserto, n. 19-20, 1 ss.
- PACE A. (1989), *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *RTDPC*, 685 ss.
- PACI M. (1990), *La sfida della cittadinanza sociale*, Roma.
- PACI M. (2007), *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, Bologna.
- PALLINI M. (2009), *Sono compatibili gli ammortizzatori sociali « in deroga » con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato?*, in *RDSS*, 353 ss.
- PASTORI G. (1993), *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, vol. I, 1082 ss.

- PATEMAN C. (2006), *Democratizing citizenship: some advantages of a basic income*, in AA.Vv., *Redesigning contribution. Basic income and stakeholder grants as alternative cornerstones for a more egalitarian capitalism*, a cura di B. Akerman - A. Alstott - Ph. Van Parijs, Londra-New York, 101 ss.
- PEDRAZZOLI M. (1973), *Gli interventi straordinari della cassa integrazione guadagni nella cornice dell'ausilio all'impresa*, in *RGL*, I, 545 ss.
- PEDRAZZOLI M. (2011), *Assiologia del lavoro e fondamento lavoristico della Repubblica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Milano, vol. I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, 187 ss.
- PERSIANI M. (1965), *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova.
- PERSIANI M. (1968), *Prime osservazioni sulla riforma delle pensioni*, in *DL*, I, 201 ss.
- PERSIANI M. (1970), *Sicurezza sociale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, 300 ss.
- PERSIANI M. (1973), *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale*, in *RIMP*, 419 ss.
- PERSIANI M. (1979), *Commento all'art. 38 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 232 ss.
- PERSIANI M. (1985), *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, in *Atti delle giornate di studio di Rimini*, 28-29 aprile 1984, Milano, 7 ss.
- PERSIANI M. (1996), *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *ADL*, 55 ss.
- PERSIANI M. (2004), *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *PAPP*, 995 ss.
- PERSIANI M. (2010), *Osservazioni sulla dottrina giuslavoristica nel trentennio dopo la Costituzione*, in *ADL*, 328 ss.
- PERULLI A. (2002), *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 357 ss.
- PESSI R. (2009), *Il « welfare mix » tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *RDSS*, 503 ss.
- PESSI R. (2010), *Gli ammortizzatori in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *RDSS*, 326 ss.
- PILATI A. (2001), *Sull'uso strumentale della procedura di mobilità al fine di sostituire lavoratori con mansioni fungibili*, in *RIDL*, II, 771 ss.
- PINELLI C. (2009), *« Lavoro » e « progresso » nella Costituzione*, in *DLRI*, 401 ss.
- PIZZOLATO F. (1999), *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano.
- POTOTSCHNIG U. (1969), *L'organizzazione amministrativa della sicurezza sociale*, in *FA*, III, 569 ss.
- PROIA G. (2002), *Flessibilità e tutela « nel » contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 435 ss.
- PROIA G. (2006), *Gli enti bilaterali*, in AA.Vv., *Dopo la flessibilità, cosa?*, a cura di L. Mariucci, Bologna, 29 ss.
- RANCI ORTIGOSA E. (1999), *Oltre il welfare State. Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazione del welfare*, Bologna.

- RANCI ORTIGOSA E. (2007), *Il reddito minimo di inserimento nel Rapporto Onofri*, in AA.Vv., *Le riforme del welfare dal Rapporto Onofri a oggi*, PSS, Inserto, n. 19-20, 17 ss.
- RAWLS J. (1982), *Teoria della giustizia*, trad. it., Milano.
- RAVERAIRA M. (2011), *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali*, in RDSS, 325 ss.
- REINHARD W. (2001), *Storia del potere politico in Europa*, Bologna.
- RENGA S. (1997), *La tutela contro la disoccupazione*, Torino.
- RENGA S. (2006), *La tutela sociale dei lavori*, Torino.
- ROCCELLA M. (2001), *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, in LD, 501 ss.
- ROMAGNOLI U. (1979), *Commento all'art. 3 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 162 ss.
- ROMAGNOLI U. (1998), *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in AA.Vv., *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 15 ss.
- ROMAGNOLI U. (2005), *Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati e « Il lavoro nella Costituzione »: una rilettura*, a cura di Gaeta, Milano, 105 ss.
- ROMEI T. (1999), *Le procedure di riduzione del personale nel settore ferroviario*, in LD, 349 ss.
- ROSSANO C. (1978), *Problemi di struttura dello Stato sociale contemporaneo*, Napoli.
- ROSSI G. - BENEDETTI A. (2002), *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in LPA, suppl. fasc. 1, *Il nuovo titolo quinto della Costituzione. Stato|Regioni e diritto del lavoro*, 29 ss.
- RUSCIANO M. (1999), *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in AA.Vv., *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, suppl. a RGL, I, 25 ss.
- SACCHI S. (2008), *L'Europa e l'innovazione del welfare*, in AA.Vv., *La riforma del welfare, Dieci anni dopo la « Commissione Onofri »*, Bologna, 53 ss.
- SALAZAR C. (2000), *dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Torino.
- SALOMONE R. (2002), *La materia del lavoro tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo quinto della Costituzione*, in LPA, suppl. fasc. 1, *Il nuovo titolo quinto della Costituzione. Stato|Regioni e diritto del lavoro*, 129 ss.
- SANDULLI P. (2003a), *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in LD, 409 ss.
- SANDULLI P. (2003b), *Intervento*, alle Giornate di studio su *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Pesaro-Urbino 24-25 maggio 2002, Molano, 562 ss.
- SANDULLI P. (2012), *Il sistema pensionistica tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214 del 2011*, in RDSS, 1 ss.
- SANTONI F. (2011), *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, vol. III, 1259 ss.
- SCAGLIARINI S. (2006), *Il dovere costituzionale al lavoro*, in AA.Vv., *Il senso della Repubblica. Doveri*, a cura di S. Mattarelli, Milano, 99 ss.

- SCARPELLI F. (2002), *Il campo di applicazione delle discipline dei licenziamenti collettivi e gli interessi tutelati*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Baia delle Zagare 25-26 maggio 2001, Milano, 296 ss.
- SCIARRA S. (2010), *Notions of solidarity in times of economic uncertainties*, in *ILJ*, vol. 39, 223 ss.
- SEN A. (2009), *L'idea di giustizia*, trad. it., Milano, 2010.
- SEPE S. (1959), *Il « diritto » all'assistenza nella Costituzione*, in *RIPS*, 361 ss.
- SESTITO P. (2002), *Il mercato del lavoro in Italia*, Roma-Bari.
- SGROI A. (2009), *Gli orientamenti applicativi dell'Inps in tema di ammortizzatori sociali in deroga*, in AA.Vv., *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, a cura di P. Curzio, Bari, 115 ss.
- SILVESTRI G. (2009), *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari.
- SIMI V. (1981), *Il regime di sicurezza sociale e le sue componenti nella nostra Costituzione*, in *LPO*, 3 ss.
- STRECK W. (2000), *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *SM*, 5 ss.
- SUPIOT A. (2003), *Il futuro del lavoro*, Roma.
- TIRABOSCHI M. (2010), *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *DRI*, 335 ss.
- TORELLI F. (2003), *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo annunziato?*, in *LD*, 243 ss.
- TREU T. (1978), *Commento all'art. 35 Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1 ss.
- TREU T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna.
- TREU T. (2002), *Riforme o destrutturazione del welfare*, in *DLRI*, 544 ss.
- TULLINI P. (1999), *Il governo regionale del mercato del lavoro e l'intervento dei privati, I due volti della riforma: regionalizzazione e privatizzazione*, in *QDLRI*, n. 22, 20 ss.
- TULLINI P. (2012), *Ragioni e filosofie della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in *DLM*, 575 ss.
- VARESI P.A. (2002), *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *LPA*, suppl. fasc. 1, *Il nuovo titolo quinto della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, 121 ss.
- VARESI P.A. (2007), *Regione Lombardia: la legge di politica del lavoro*, in *DPL*, *Inserito*, n. 7.
- VARESI P.A. (2010), *Interventi sperimentali a sostegno della formazione e riqualificazione professionale nella legge n. 102 del 2009*, in *RDSS*, 213 ss.
- VARESI P.A. (2011), *La protezione sociale del lavoratore al tempo della « grande crisi » (2008-2010): i trattamenti « in deroga »*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, vol. III, 1289 ss.
- VIOLINI L. - CERLINI S. (2011), *Il sistema della « dote » in Lombardia: un nuovo modello di politiche del lavoro?*, in *RDSS*, 43 ss.
- ZAGREBELSKY V. (1993), *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione*, Milano, 103 ss.

- ZOLI C. (2002), *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Baia delle Zagare 25-26 maggio 2001, Milano, 305 ss.
- ZOLI C. (2004), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 359 ss.

DISCUSSANT

PASQUALE SANDULLI (*)

1. Sono particolarmente grato al Consiglio dell'Associazione per avermi annoverato fra i *seniores* cui affidare il delicato compito di *discussant* rispetto all'impegnativo tema affrontato da Gragnoli, al quale intendo subito chiarire, con riferimento alla catalogazione dei giudizi che ha già raccolto sulla sua relazione, che anche io appartengo alla schiera di coloro che hanno registrato, con una vena critica, una sua non condivisibile linea di pessimismo. È un pessimismo che gli deriva dalla sfiducia nei confronti dei poteri pubblici, sia amministrativi sia politici, incapaci di fronteggiare situazioni intrise a volte di fraudolenza, suscettibili di una qualificazione di rilevanza probabilmente penale, che finisce per gettare gravi ombre sui meccanismi di erogazione delle prestazioni di sicurezza sociale: il riferimento è alla vicenda degli esodati a rischio di esclusione da ogni reddito (cfr. Relazione, parte finale del paragrafo 3). Del rischio di una eccessiva generalizzazione della portata di fenomeni di questo tipo, che sono purtroppo diffusi (basti pensare agli abusi/illeciti nel mondo agricolo), ho ritenuto di dargli anticipazione in una breve nota telematica, richiamando la sua attenzione sulla pervasività di questo approccio pessimistico, che non risparmia alcuno degli elementi che costituiscono il sistema riconducibile al comune denominatore degli ammortizzatori sociali, nella variegata connessioni e nel ricorrente intreccio con i problemi materiali del mercato del lavoro. Nel proporre al Relatore di ridimensionare questa linea di inteso pessimismo, non intendo di certo negare l'esistenza di numerosi e

(*) Il presente testo, salve le inevitabili correzioni e taluni approfondimenti, ricalca l'esposizione verbale.

seri elementi di preoccupazione sulla efficienza dell'apparato, con i conseguenti guasti sull'efficienza del sistema, in un contesto di analisi dei fenomeni considerati, che vada al di là della mera esegesi giuridica.

Il risultato di questo primo contatto telematico è stato, da parte di entrambi, una netta risposta di reciproca conferma delle proprie idee. Ma forse la linea di divergenza fra di noi è suscettibile di qualche mutamento alla luce della lettura della sua relazione testé svolta: quando si dice « la forza della parola ».

Al di là di questo contrasto di opinioni, mi sento subito di affermare che Gragnoli ha costruito, nell'interesse della nostra comunità scientifica, un contesto intellettuale di grande rilievo, nel cui ambito egli ha ricondotto il tema affidatogli, che così ha assunto uno spessore inusuale: il che certamente costituisce un momento di forte impegno per tutti noi, ed in particolare per me che devo — come *discussant* — proporvi, previa anticipata lettura del testo, una guida all'approfondimento del pensiero di Gragnoli.

2. Per assolvere al meglio il mio compito, intendo rielaborare le suggestioni colte questa mattina durante la discussione introdotta da Mario Napoli intorno alla relazione di Maria Teresa Carinci, concernenti proprio il metodo con il quale deve operare il *discussant*, specialmente in un congresso come questo, in cui le tematiche individuate, e le relative relazioni, sono state intenzionalmente correlate — anche quella di ieri, seppure forse in misura minore rispetto a quelle odierne — non solamente alla crisi del Paese, come dice il titolo stesso del nostro congresso, ma anche alle articolate ipotesi legislative di risoluzione della crisi stessa: se non ci saranno sorprese, un nuovo testo legislativo sarà in Gazzetta ufficiale fra breve, e ben sappiamo che se sorprese dovessero esserci, esse potrebbero essere solo di caduta del Governo: dunque, o tutto o niente!

Come incide tutto ciò sulla discussione, e dunque su tutti noi, a partire dallo stesso relatore? Ognuno di noi è chiamato a riflettere, per poterne discutere, su un doppio oggetto: si deve discutere, innanzitutto e ben s'intende, della relazione, secondo dunque un canone propriamente scientifico, ma con ciò si finisce per discutere anche, e non certo secondariamente, del disegno di legge. Gragnoli, nella elaborazione del suo testo, segue una linea di astrazione definibile dei massimi sistemi, salva poi la necessità di

ogni tanto « atterrare » per i necessari riscontri con la futura, imminente normativa, richiamandosi con molta cautela ai passaggi del disegno di legge, che puntualmente ogni volta egli individua con l'espressione « presentato fra il 4 e il 5 aprile ». Poi è seguito il terremoto, non solo quello tellurico (per il che la massima solidarietà agli amici e colleghi coinvolti), ma quello politico legislativo, grazie alla trasformazione di questo testo — inizialmente suddiviso con molta sistematicità — nel noto, nuovo disegno di legge, accorpato per le esigenze del voto di fiducia nella discussione al Senato, divenendo poco leggibile: è la sorte di ogni provvedimento legislativo che — in omaggio alla tirannia del voto di fiducia — perde la sua articolazione, e dunque i connotati di coerenza e di sistematicità, esponendosi (al di là della maggiore o minore pregevolezza dei contenuti) al rischio di estreme difficoltà interpretative, anche se le parole sono esattamente le stesse (fra l'altro, in qualche caso si sono registrati anche incomprensibili mutamenti) per cui occorre verificare, punto per punto, le scelte dell'originario disegno di legge.

Gragnoli nella sua relazione così densa di concetti ha dovuto confrontarsi con il disegno di legge, quasi assumendolo come fosse oramai un dato di diritto positivo, e questo farò anche io, come credo stiamo facendo tutti in questi giorni, spinti a metabolizzare le nuove ipotesi normative, quasi, per così dire, a digerirle. Al riguardo, stamane Napoli ci ricordava che Suppiej parlava di digestione delle nuove regole giuridiche, ma questa è una formula risalente, che ricordo essere stata usata, nel Convegno di Saint Vincent subito dopo lo Statuto dei lavoratori, da Francesco Santoro Passarelli, proprio rivolgendosi a Suppiej ed a Spagnuolo Vigorita, che commentavano la, allora, nuova disciplina; con tale espressione, egli avvertiva che se i giuslavoristi avevano digerito il passaggio dal diritto corporativo, ancor più sarebbero stati in grado di digerire i problemi posti dallo statuto dei lavoratori. Mancava, nella finezza del dire di Francesco Santoro Passarelli, una riflessione sull'esito della digestione, che forse meriterebbe di essere esplicitato nel paragone!

3. In questi passaggi preliminari, frutto della reazione a caldo dell'ascolto delle parole di Gragnoli, non può mancare una riflessione ulteriore, dedicata alla considerazione della prospettiva europea, in cui la nostra crisi si colloca. Stamane ci sono state

delle riflessioni sulla portata di questi strumenti europei così anormali, come la ben nota lettera della Banca Centrale Europea dello scorso anno, che non può certamente qualificarsi come strumento giuridico, ma che può solo configurarsi quale strumento di pressione materiale, punto e basta: quasi una pistola puntata alla tempia, ammesso che fosse carica, perché qualcuno malignamente ha dubitato che si trattasse di un'arma caricata a salve dallo stesso governo per far passare — digerire, appunto — certe norme. In questo documento è esplicito il riferimento alla necessità di stabilire « *un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi* »: è esattamente il tema che ci occupa. L'ordinamento europeo come tale spinge nella direzione dell'occupabilità, e fra gli strumenti principali di realizzazione della stessa si collocano i modelli di lavoro flessibile, senza proporre — in omaggio al formale astensionismo in materia previdenziale — una linea di svolgimento uniforme delle misure di sostegno del reddito, e, tuttavia, esso esercita in via indiretta la sua pressione nella direzione di un sostegno alla competitività, combattendo ad un tempo le tecniche degli aiuti di Stato. Seppure senza correlare queste linee generalissime della politica europea con il nostro tema, c'è nella relazione un significativo richiamo alla esigenza di selezione delle imprese, così da focalizzare gli interventi di sostegno solo verso le imprese che meritano di essere salvate, senza alcuna attenzione alle altre, secondo un criterio che risponde alla più rigorosa applicazione della regola mercatista pura: questo porta non casualmente alle riflessioni che Gragnoli ha svolto nella parte finale in termini di opportuno raccordo tra diritto della sicurezza sociale, che resta parte fondante del diritto del lavoro, specialmente nella logica di un diritto della sicurezza sociale che si incentri sul lavoro, e diritto fallimentare: laddove l'A. imputa al redattore del progetto la mancata meditazione (qui il Relatore è molto tenero, giacché parla di non sufficiente meditazione, quando invece si tratta proprio di una scelta grossolanamente sbagliata), intorno all'idea di sopprimere quella che con la l. n. 223/1991 è stata la norma di cerniera tra il diritto fallimentare e il diritto della sicurezza sociale. Mi riferisco all'art. 3, che identificava l'utilizzazione di certi strumenti di tutela del reddito in quanto attribuiti al curatore, ma di qualunque fallimento di impresa con oltre quindici

dipendenti, in una logica universale, non solo quella delle grandi imprese: il riferimento è ai provvedimenti del '79, per la crisi delle grandi imprese industriali, da cui è poi scaturito tutto un certo tipo di deviazione, di segmentazione fra le tutele per le aree minori e le tutele per le grandi aree.

4. Ora devo riprendere i ragionamenti, che in via sistematica avevo predisposto sulla base della lettura del testo scritto della relazione, dunque senza considerare gli effetti determinati dalla capacità oratoria con la quale il Relatore ha saputo proporci, esaltando con questa tecnica di alto valore espressivo l'intento di dare un apporto filosofico, ancorché in chiave critica, agli studi di sicurezza sociale.

L'approccio che Gragnoli ci propone con la sua impostazione pessimistica rischia di lasciare senza speranza il sistema di sicurezza sociale almeno quanto alle due componenti centrali del sistema, quella pensionistica e quella di tutela dalla disoccupazione: dunque — a parte l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro ed il trattamento economico di malattia — si tratta del grosso del sistema costituzionale delineato dall'art. 38. Centrale, ai fini di questa nota di pessimismo, risulta la configurazione di inadeguatezza dell'apparato amministrativo nella predisposizione dei meccanismi selettivi volti a consentire la valutazione dei presupposti per l'erogazione di beni e risorse, che, essendo oramai al limite delle disponibilità, richiedono l'oculato uso del contagocce. Si tratta di un passaggio fondamentale per definire la portata della crisi del segmento in esame rispetto alla intera crisi del sistema economico italiano, assunto come motivo ricorrente del Convegno.

Sulla stretta connessione fra intervento sociale in tema di pensioni e intervento sociale in tema di disoccupazione/inoccupazione, il cui denominatore comune è pur sempre « la tutela del reddito », basterà ricordare che nell'art. 24 della l. n. 214/2011, nel comma 30 si prevedeva — quasi in coda alla complessa riforma pensionistica — che il Governo mantenesse espressamente la riserva di riordinare il sistema degli ammortizzatori sociali e degli istituti di sostegno al reddito, oltre che della formazione continua. Non si trattava soltanto di un annuncio — fra i tanti presenti in quell'art. 24 come ancora nell'attuale disegno di legge — quanto piuttosto del riconoscimento più o meno implicito della incompletezza di un intervento che avesse ad oggetto il solo ambito delle

pensioni. Ci si deve domandare come mai un governo, che in quel momento aveva il vento in poppa, ed in particolare il ministro del lavoro, che aveva tirato dritto con la massima decisione sulla riforma pensionistica, avessero avvertito la necessità, a conclusione di un testo così articolato e completo come l'art. 24, di annunciare un intervento in materia di ammortizzatori sociali, di cui peraltro da anni si predicava la necessità di una congrua revisione. Il punto è che nel disegno governativo l'intera problematica del mercato del lavoro era stato rinviato a un momento successivo, cosicché pur nella consapevolezza dell'interazione fra pensioni ed ammortizzatori, questi ultimi — nello snodo tra mercato del lavoro e pensioni — hanno finito per essere attratti dalla scelta di funzionalizzazione alla regolazione dell'« *uscita* » meno traumatica possibile, dal rapporto di lavoro. Nell'operazione di rinvio, il legislatore ha sottovalutato l'impatto che la stretta pensionistica avrebbe prodotto sul piano del raccordo in via transitoria degli accessi al sostegno del reddito. Così è venuto fuori il pasticcio (talvolta, anche con comportamenti fraudolenti, come rilevato dal Relatore) degli esodi in corso, delle soluzioni pasticciate, dei numeri che non combinano: tutto materiale idoneo ad incrementare il pessimismo di Gragnoli.

5. La connessione, in termini critici, fra nuovo regime pensionistico e trattamenti di sostegno del reddito non solo trova esasperatamente conferma nelle scelte di più o meno immediata operatività dei requisiti anagrafici di accesso alla pensione di vecchiaia, ma anche in chiave di tentativo di superamento della fatispecie pensione di anzianità; qui Gragnoli rileva che non è stata sufficientemente meditata (è una frase che lui usa molte volte, con estremo garbo, e che in buona sostanza significa che non ci hanno pensato proprio) la rinuncia alle pensioni di anzianità. Io vorrei richiamare all'attenzione di tutti noi che, seppure il Ministro abbia con molta fierezza dichiarato che oramai le pensioni di anzianità fossero morte e seppellite, nelle attuali regole, sia pure molto più contenuto, il gioco dell'anzianità c'è ancora: si potrà avere il trattamento anticipato a determinate età e con anzianità via via ridotte, pur con forti e crescenti penalizzazioni. Non intendo adentrarmi nel discorso pensione anticipata oppure no, che esula dal nostro dibattito, ma è interessante rilevare che Gragnoli considera positivamente questo strumento, che in combinazione con

altri consente le uscite: anzi, il Relatore parla proprio, in uno dei passaggi che mi pare di avere colto in questi termini, dell'interesse della persona a uscire dal lavoro attivo per conseguire la serenità del riposo.

Luci ed ombre, dunque, si addensano e si rinnovano sul sistema di sicurezza sociale quale uscirà dall'innovazione legislativa in corso: nella prospettiva di sistematizzazione globale della protezione per gli eventi principali, le une e le altre finiscono per riflettersi sulla Relazione ed anche sul dibattito odierno e su quello che inevitabilmente seguirà.

6. Mi addentro, ora, in qualche passaggio specifico della relazione ed anche della riforma in corso. L'impostazione pessimistica di Gragnoli si manifesta con riferimento a due punti specifici, entrambi centrali del discorso: condizionalità e formazione, fra loro strettamente correlati. Anche su questi ci siamo confrontati per iscritto, e, a parte quanto potrà dire fra breve Franco Liso in tema appunto di condizionalità, temo che non sarà facile trovare una linea di convergenza. Come ci ha ricordato espressamente anche nella relazione orale, Gragnoli mostra forte scetticismo nei confronti della formazione ed anche, per connessione, della condizionalità.

Seguendo l'ordine di presentazione tematica della Relazione scritta, un forte approccio critico si coglie in ordine agli interventi formativi, nella loro valenza in termini di condizionalità. Occorre dare atto a Gragnoli che, nel campo della formazione, a fronte di una normale congruità, non sono mancate iniziative rivelatesi inutili, inadeguate e addirittura (si è già detto) fraudolente, ma non ritengo che si possa assolutamente generalizzare, e che si debba piuttosto convenire che l'elevazione dello standard culturale come del livello professionale di ogni lavoratore non può che essere stimolato, a condizione che non crei un senso di distacco dalle mansioni minori. Restando in tema di formazione, condividibile è la critica appuntata sulla generalizzazione e pervasività del modello dell'apprendistato: effetto, a mio avviso negativo, di questa scelta è l'art. 1, cc. 14 e 15 ddl sul mercato del lavoro, che intende sopprimere il contratto di inserimento, appiattendolo sul contratto di apprendistato e finendo per snaturare entrambi.

Più in generale, con riferimento alla condizionalità, Gragnoli manifesta preoccupazione per la eventualità che essa possa tra-

sformarsi in un momento di obbligatorietà. Personalmente, mi limito a ricordare a Gragnoli che i meccanismi di condizionalità sono sempre stati presenti come presupposto per la derogabilità delle prestazioni, sia pure con varie denominazioni, con vari contenuti più o meno importanti; un po' come le cure sanitarie, che non possono essere obbligatorie, ma se non vengono accettate e praticate, non si apre l'accesso alle prestazioni economiche: si configura un onere, restandosi in quella logica volontaristica, che Gragnoli ha difeso e sollecitato. Una logica volontaristica soggetta ad una forte pressione del sistema, che non dovrebbe tuttavia superare un punto di temperamento, fra l'esigenza di sostenibilità economica e quella di conseguimento di una condizione dignitosa per il singolo, come componente della società civile: questo è il punto che dobbiamo capire: fino a quale limite si deve spingere il legislatore?

Chiudo questo percorso attraverso la relazione di Gragnoli sottolineando l'importanza del paragrafo in essa dedicato alla coordinazione con la disciplina fallimentare. Qui deve essere colto l'invito del Relatore alla doverosa attenzione al rischio (già realizzato in numerose occasioni) di trasformare l'integrazione salariale straordinaria, tanto più se in deroga, in un mero prolungamento dei trattamenti di disoccupazione, con radicale snaturamento degli istituti e profonda ingiustizia distributiva. Preoccupazione che non è contraddetta dalla negatività della reazione (in termini di — ancora una volta — inadeguata meditazione della scelta da parte del Governo) già segnalata a fronte della oramai imminente abrogazione — ma già si registrano segnali di immediato ripristino della norma, pure attenuata — dell'art. 3, l. n. 223/1991 (cfr. art. 2, c. 70, ddl approvato dal Senato).

7. Non intendo soffermarmi su altri passaggi della Relazione, pure interessanti. Devo dire che man mano che si va esaurendo il mio ciclo professionale, mi sono reso conto, anche alla luce di così variegata soluzioni proposte da tanti colleghi in ordine al meccanismo di finanziamento, volte a fronteggiare lo squilibrio entrate/uscite (in cui si iscrive lo stesso art. 24 della l. n. 214/2011) che la netta scansione dell'art. 38 tra vecchiaia (evento naturale) e disoccupazione (evento economico) potrebbe lasciare il campo, in un disegno che non saprei se rispondente alla logica di Archiloco o a quella Beveridgiana, alla confluenza/confusione di questi due

elementi. Ci sarebbe un grosso risparmio di spesa, se si puntasse a dire che l'intervento è richiesto soltanto nel momento in cui si identifica un'esigenza di bisogno, cosicché coloro che avessero l'opportunità di avere conseguito e consolidato un reddito e correlato risparmio oltre la soglia del bisogno, non potrebbero accedere alle prestazioni del sistema di sicurezza sociale. Ma questo comporterebbe una forte modificazione della Costituzione e di tutti gli atti internazionali che scandiscono gli eventi protetti sempre distinguendo invalidità e vecchiaia da disoccupazione e per questo dicevo che è un'ipotesi del terzo tipo, che ci costringerebbe a pensare secondo logiche diverse da quelle della valorizzazione della previdenza prevalente sull'assistenza o, perlomeno, di una previdenza che opera con piena e totale dignità rispetto al sistema di assistenza, come ci propone Gragnoli. Queste sono riflessioni che sono in parte il frutto della lettura attenta e, devo dire, faticosa, mi hai costretto a leggere con la doverosa attenzione, e invece dell'ascolto leggero, facile, brillante della relazione di questo pomeriggio.

FRANCO LISO (*)

La relazione di Gagnoli è stata ricca di stimoli, come l'applauso ha dimostrato, ma io devo confessare che sono rimasto spiazzato dal modo in cui lui ha svolto il tema. Quando Silvana Sciarra mi ha telefonato per chiedermi se volessi fare da *discussant*, mi sono detto che si trattava di un tema che potevo presidiare, poiché sto seguendo le politiche legislative in materia e conosco le proposte di riforma della materia. Stavo quindi in porta così, quando è arrivato un tiro che è molto alto, come si è visto, perché lui, Enrico, ha affrontato i problemi *in apicibus*, è andato alla struttura, è andato su problemi di impostazione molto generale, esimendosi, per lo più, dal fare i conti con quel terreno che io volevo più presidiare e sul quale cercherò di dare qualche informazione, perché, in effetti, questa comunque diventerà una legge tra breve, per cui qualche cosa su di essa, anche in contraddittorio con quello che tu hai sostenuto, va detta.

Nella relazione ti sei soffermato sugli aspetti del finanziamento, della sussidiarietà, che nella trattazione orale non hai richiamato, sull'universalismo delle tutele, sulla condizionalità, sul carattere assistenzialistico di molti interventi, quindi su profili caratterizzanti di carattere generale, scegliendo un'impostazione di politica del diritto che ti ha esonerato dal dire precisamente le scelte che si preparano a fare. Richiamando quello che diceva Pasquale Sandulli, emerge dalla tua relazione un'impostazione pessimistica e distruttiva di fronte ad un sistema che suscita lo sdegno, e quello sdegno viene enunciato senza riserve. Nella relazione si dicono cose vere ma parziali; insomma, lo stimolo indubbiamente c'è stato.

(*) Il testo del presente intervento è stato oggetto unicamente di revisione redazionale.

Cercherò, quindi, di reagire ad alcune delle cose che sono state dette.

Giustamente con la solennità dell'incipit della Quinta sinfonia di Beethoven, che esprime la drammaticità del tema, ci richiami sul fatto che c'è la globalizzazione, c'è la perdita di sovranità dello Stato ed in effetti nessuno può esimersi dal dire: « Che succederà? Come tiene il sistema se stiamo in questo contesto? »: Qui tuttavia dovremmo anche ricordare che il problema della sostenibilità del sistema lo abbiamo da tempo, non è un problema di oggi. Ed è vero, come tu dici, che molta parte della nostra legislazione è stata concepita in un'epoca nella quale c'era ottimismo sulle prospettive di sostenibilità del sistema. Alla fine degli anni '60 sono state introdotte la pensione di anzianità, il calcolo della pensione con riferimento alle ultime retribuzioni ... Poi già dagli anni '80 ci si è dovuti confrontare con le esigenze di equilibrio del sistema, minacciato anche dall'andamento della demografia. È chiaro che il contesto della globalizzazione ha aggravato ancor più la situazione. E qui forse occorrerebbe dare uno sguardo, per quel che riguarda il nostro ordinamento, alla recente introduzione nella Costituzione del principio del pareggio del bilancio, che non promette nulla di buono. Peraltro, in verità, già da tempo, quanto meno da Maastricht, dai primi anni '90, abbiamo assistito alle conseguenze negative delle politiche restrittive di bilancio nella legislazione relativa alla nostra materia, i cui contenuti si sono venuti viepiù corrompendo in ragione della misura sempre più ristretta della coperta.

Tra i temi di carattere generale tu affronti anche quello della sussidiarietà, tuttavia a mio avviso sposi una visione della sussidiarietà che io ritengo discutibile, cioè la sussidiarietà intesa come un « fatti più in là » rispetto al sistema pubblico, per cui dove c'è il privato che può fare, il pubblico deve solo retrocedere, mentre ci può anche essere la visione della sussidiarietà come elemento di sinergia, cioè il pubblico ha il dovere di aprire le porte al sostegno che il privato può dare. Poi critichi il reddito di cittadinanza, però, in verità, anche qui credo che ne assumi una visione parziale. Effettivamente ci sono alcuni che teorizzano, Ferraioli per esempio, che si dovrebbe dare un reddito al cittadino in quanto tale, dunque incondizionato, per favorire una sua indipendenza rispetto alle dinamiche del mercato del lavoro. Contro questa visione ti scagli, giustamente richiamando il principio di responsa-

bilità, d'altro canto però non segnali che il nostro Paese ha già avuto una legge dello Stato su questa materia; lo Stato poi si è tirato indietro e ha rimesso tutto nelle mani delle Regioni. Ci sono state alcune esperienze regionali e sarebbe stato interessante dare un qualche resoconto di queste esperienze, le quali, peraltro, non hanno aderito a quell'idea di reddito di cittadinanza del quale parlavi tu, poiché hanno previsto la condizionalità, cioè la disponibilità ad accettare offerte di lavoro. Ecco qua, allora, un'altra contraddizione, perché tu, che sei uno che valorizza la prospettiva universalistica, poi vedi con sfavore questa soluzione che, in verità, realizza il massimo dell'universalismo. Perché non si dovrebbe dare un reddito a chi non è riuscito a entrare sul mercato del lavoro, ma è disponibile a lavorare? A questo riguardo belle pagine sono state scritte da Paola Bozzao. Questo principio si potrebbe trarre forse dalla Costituzione, come lo traeva Mortati, che diceva: se c'è il fallimento del diritto al lavoro (previsto dall'art. 4), allora è giusto che lo Stato comunque provveda a indennizzare la disoccupazione.

Quanto alla condizionalità, questa è stata un elemento sempre presente nelle prestazioni, come giustamente ha ricordato anche Sandulli. Sin da quando è stato creato il trattamento di disoccupazione si è previsto che il beneficiario della prestazione dovesse essere disponibile ad accettare un lavoro, non foss'altro perché la disoccupazione deve essere involontaria e non può considerarsi involontariamente disoccupato che rifiuti un'offerta di lavoro. La rilevanza della disponibilità a lavorare, ad essere impegnato in un corso di formazione, c'è sempre stata. Non discuto che tu la possa criticare dal punto di vista del fatto che possa rappresentare in certi territori, come dice Marco Barbieri, una prospettiva irrealistica; questo è del tutto vero: dove c'è un tessuto produttivo che retrocede, come fai a offrire lavoro? Ma questa ragione non è utile per sostenere che una simile prospettiva non debba essere presente nel sistema. Noi certo scontiamo, come Paese, un'arretratezza totale su questo fronte, perché abbiamo perso molto tempo a gestire un collocamento numerico, di stampo burocratico ed assistenzialistico, e quindi ci troviamo ora del tutto impreparati, ma non è questo un motivo sufficiente per criticare la politica della condizionalità. Essa peraltro non deve essere necessariamente gestita secondo una vecchia logica di controllo, secondo una logica di tipo disciplinare (questo forse ti ha spinto a parlare di obbligo in

capo al lavoratore, laddove sarebbe più giusto parlare di onere); a ben vedere la condizionalità trova sempre più una forte legittimazione nella prospettiva della concretizzazione del diritto al lavoro; essa infatti è funzionale alla promozione del reinserimento lavorativo. Deve essere questa la prospettiva assorbente.

Sulla condizionalità apro ancora una piccola parentesi, perché il provvedimento legislativo interviene su questa materia e fa alcuni ritocchi tecnici. In particolare, da un lato porta all'interno della disciplina dei servizi all'impiego la consapevolezza che c'è da gestire anche la condizionalità dei percettori delle prestazioni di sostegno al reddito, dall'altro lato, poi, richiama, come elemento della congruità dell'offerta di lavoro che deve essere fatta, addirittura il livello della prestazione previdenziale e non, come era prima, quello del reddito del lavoro svolto precedentemente. Questo, a mio avviso, è un peggioramento intollerabile, anche perché non fa i conti con il fatto che, comunque, per essere costituzionalmente compatibile, questa previsione non può violare — specie nelle prime fasi, quando ancora stiamo in una logica assicurativa — il diritto alla scelta professionale che un individuo voglia vantare; insomma, non si può certo onerare il lavoratore ad accettare qualsiasi lavoro, purché questo lavoro consenta di guadagnare una determinata somma, che peraltro, come abbiamo detto, si va ad impoverire.

Comunque, riguardo alla condizionalità, il tema credo sia destinato ad avere un interesse prevalentemente teorico perché l'elemento centrale sul quale si dovrebbe riflettere è che non abbiamo le ossa per gestire politiche di questo genere. Come si è detto prima, abbiamo un sistema dei servizi all'impiego molto debole, non abbiamo un sistema nazionale di *governante*, abbiamo sistemi regionali frammentati, di diseguale livello di efficienza.

Sono condivisibili le critiche che fai alle derive assistenzialistiche della cassa integrazione, però anche qui sarebbe stato interessante entrare più nello specifico, perché in verità, almeno con la l. n. 223/1991, ed anche qualche anno prima, si era cominciato a cercare di contrastarle quelle derive e si era anche cercato di ridurre la discrezionalità del politico, imponendo la redazione di programmi di utilizzo dello strumento e creando una commissione tecnica con la funzione di dare un parere in ordine alla concedibilità del trattamento. A questo proposito, poi, bisognerebbe fare più distinzione tra il regime ordinario e la selva delle normative in

deroga, che poi si sono evolute nei cosiddetti ammortizzatori in deroga. Ecco, qui c'è un'altra osservazione che ti volevo fare. Tu fai partire gli ammortizzatori in deroga dal periodo immediatamente successivo alla l. n. 223. Io credo che la loro nascita vada posticipata. È vero che subito dopo l'approvazione di quella legge è subito iniziata la sua disattivazione, però quelli che noi chiamiamo ora ammortizzatori in deroga — cioè il modello che prevede il conferimento di risorse al Ministro e l'autorizzazione a gestirle in deroga — risalgono alla fine degli anni del Centro Sinistra, quindi al 2001. Questo modello, in un certo senso, costituisce una, per certi aspetti, positiva razionalizzazione della pratica delle leggi che veniva precedentemente adottata. Prima occorre l'intervento legislativo, ora invece, in attesa di una riforma, si è optato per una destinazione di risorse da affidare al Ministro perché le gestisca. E lì poi la pratica concertativa ha conosciuto ampia affermazione.

Ecco, a proposito di concertazione, poi, nell'analizzare la cassa integrazione, sarebbe interessante vedere anche come queste derive assistenzialistiche siano state un risultato forse inevitabile, perché tutte queste tutele si sono costruite a ridosso del conflitto sociale e, quindi, la forza differente che i gruppi avevano sul mercato politico ha inevitabilmente lasciato la sua impronta nelle discipline che si sono venute creando. Di qui trae origine la deriva assistenzialistica, che c'è stata perché non c'è stata mai capacità del sistema di dare risposte in positivo, attraverso politiche industriali, attraverso la ricollocazione. Questo lo abbiamo visto con la stessa l. n. 223/1991, che razionalizzava rispetto alla fase precedente, però poi, è chiaro, hanno dovuto disattivarla nel momento in cui si è visto che si riempivano le liste di lavoratori in mobilità e non si sapeva come ricollocarli. Ecco, questa visione quindi che hai tu, molto liberistica — che perisca l'impresa se non sa stare sul mercato — non fa i conti con le dinamiche concrete. Effettivamente, anche questa Ministra aveva cercato all'inizio di dire: riconduciamo la cassa integrazione alle sue finalità originarie, che sono quelle del sostegno di eccedenze temporanee e non strutturali; ma poi ha dovuto sostanzialmente rinunciarvi.

Ora io direi, diamo un'occhiata molto brevemente al testo approvato dal Senato e che probabilmente anche la Camera approverà. Sono due le norme che ci interessano, quella relativa alla

tutela dopo l'estinzione del rapporto di lavoro e quella relativa alla tutela in costanza di rapporto.

Qui va subito segnalata una novità lessicale. Il termine *ammortizzatori* viene utilizzato solo per denominare le tutele dopo il rapporto di lavoro. Cominciamo quindi ad avere una nozione ristretta rispetto a quella cui eravamo abituati; è una nozione incongrua rispetto alla storia che quel termine ha alle spalle.

Comunque, per quel che riguarda il contenuto va detto che, mentre nella norma relativa alla tutela dopo il rapporto, la traiettoria sembra più chiara nella prospettiva della realizzazione di un sistema più universalistico — qui poi farò qualche considerazione — nella seconda norma, invece, quella relativa alle tutele durante il rapporto, prevale un'impostazione più continuista e compromissoria. Alcuni nodi si risolvono, ma non credo che ci troviamo di fronte alla riforma definitiva, tutt'altro.

Quali sono le operazioni principali che si fanno nella prima norma? Qui l'universalismo è stato realizzato, anche se parzialmente, perché « tutto il lavoro dipendente », così dice la norma, ora, ha una copertura, con l'eccezione del lavoro pubblico a tempo indeterminato. Rimane fuori, con una sua disciplina, l'agricoltura, e di questo si dovrebbe parlare a lungo così come della legittimità costituzionale dell'esclusione del pubblico impiego, che ha una copertura nel caso di eccedenze ma non nel caso di licenziamento individuale.

La tecnica utilizzata è alquanto discutibile. Non si modifica la legge precedente, ma si istituisce *ex novo* un'assicurazione disciplinandola sulla linea della vecchia e denominandola diversamente (l'ASPI, così la chiamano); si tratta quindi di una nuova disciplina destinata a soppiantare la vecchia e però ci si fa carico di abrogare una specifica norma della legge del '35 (l'art. 40) che fissava l'ambito di applicazione della disciplina precedente. Ma non avrebbe dovuto essere implicita la sostituzione della vecchia disciplina? Perché provvedere all'abrogazione solo di quella disposizione? C'è da prevedere che questa tecnica potrà dare luogo a qualche problema.

C'è, dunque, questo carattere più universalistico perché tutto il lavoro subordinato ora, con le eccezioni viste, è protetto dall'aspi. Inoltre si prevede di annullare, anche se attraverso un periodo transitorio, il divario attualmente esistente tra disoccupazione ordinaria e indennità di mobilità. Quest'ultima ha avuto

grande importanza, perché ha consentito di razionalizzare il vecchio sistema assistenzialistico della cassa integrazione esistente prima della l. n. 223/1991. Infatti il legislatore della l. n. 223 preferì allora, piuttosto che spendere assistenzialisticamente nell'integrazione salariale, istituire questa generosa indennità di mobilità, ottenendo in cambio la flessibilità in uscita. Non dimentichiamo che si poneva così termine alla stagione dei licenziamenti impossibili. Il sindacato si convinse ad accettare questo scambio, che io vedo come un modello di *flexicurity ante litteram*.

Tuttavia l'istituzione dell'indennità di mobilità a sua volta ha finito per aggravare il dislivello con il trattamento ordinario di disoccupazione, dislivello che era venuto a crearsi già nel 1968, con l'istituzione del trattamento speciale di disoccupazione, poi soppiantato dall'indennità di mobilità.

Orbene, si continua col progressivo miglioramento della disoccupazione ordinaria, ma si sopprime l'indennità di mobilità, così come si sopprime l'indennità speciale nell'edilizia. La soppressione dell'indennità di mobilità certamente si giustifica nella logica della perequazione, però bisogna anche riconoscere, questo lo ha richiamato Ferraro in un recente scritto, che essa finisce con il manomettere un sistema che in una qualche misura agevolava il governo delle riduzioni di personale. Questa obiezione l'ho sentita recentemente anche da una sindacalista, preoccupata da questa innovazione.

Altro elemento di novità è rappresentato dalla trasformazione del trattamento di disoccupazione a requisiti ridotti, ora denominato mini-aspi. Si incide sulla struttura di questo trattamento. Non viene più erogato nell'anno successivo, come forma di integrazione di un reddito annuale di un lavoratore sottooccupato, ma viene erogato nel momento in cui si verifica la disoccupazione. Quindi viene trasformato in un classico trattamento di disoccupazione, che cioè prevede l'erogazione di un reddito in un periodo dedicato alla ricerca di una nuova occupazione. Questo implica l'instaurazione di un controllo sulla disponibilità al lavoro dei soggetti che la percepiscono.

Rimane invece col vecchio sistema l'agricoltura; e qui bisognerebbe dire che, forse, questa scelta può trovare una giustificazione. Pur essendo entrambe aree di lavoro precario — quella della mini ASPI e quella del lavoro agricolo — evidentemente con riferimento al lavoro agricolo c'è una finalità di sostegno al settore

dell'agricoltura; si agevola il mantenimento di persone in quello specifico mercato del lavoro. Si vuole garantire al mercato del lavoro agricolo un minimo di stabilità, per cui non si è avuto il coraggio di manomettere le regole. Qua ci sarebbero tante altre cose da dire, però vedo che sono già andato oltre il tempo consentito.

Si mira, poi, a stabilizzare il trattamento a favore dei collaboratori coordinati e continuativi, in termini forse discutibili quanto a efficienza, però dal punto di vista sistematico ora l'assimilazione al lavoro subordinato di quell'area comincia a diventare un elemento del sistema.

Per quel che riguarda le tutele in costanza di rapporto, qui sono più evidenti i compromessi e il tasso di innovazione è inferiore. Non si è voluto praticamente toccare il sistema della cassa integrazione, che ha già dei suoi equilibri assestati, e si è operato all'esterno, complicando un po' di più il quadro. In sostanza si prevede che le categorie che non stanno nel sistema della cassa integrazione dovranno dotarsi di fondi che praticamente riproducono i modelli di bilateralità attualmente esistenti. Pur se è rimasto il complicato mosaico preesistente, un passo avanti decisivo è stato comunque fatto: c'è importante innovazione, coerente con quella « prospettiva di universalizzazione » enunciata dal legislatore nell'art. 1.

Per comprenderne la portata si deve tenere presente che nel precedente quadro la tutela era solo eventuale. Per due ragioni: sia perché veniva ad esistenza solo se ci fosse stata un'iniziativa delle parti sociali, sia perché questa iniziativa — tranne che nel modello previsto nell'art. 2, comma 28, della l. n. 662/1996 — non era in grado di interessare tutti i soggetti presenti nell'ambito categoriale di riferimento della bilateralità, in ragione dei limiti connessi al carattere privatistico della strumentazione della quale essa può direttamente disporre.

Orbene, nel nuovo quadro questi limiti vengono superati. La tutela ora — questo è il profilo essenziale di novità presente nella riforma — è assicurata *erga omnes* dalla bilateralità (attraverso « fondi » denominati « di solidarietà bilaterali ») e quindi essa coinvolge tutti i soggetti della categoria (siano essi o meno aderenti al sistema della bilateralità); inoltre, nelle aree in cui la bilateralità non dovesse venire attivata dalle parti sociali, la tutela viene comunque assicurata attraverso un « fondo di solidarietà » denominato « residuale », di matrice non bilaterale, istituito presso l'Inps.

Relativamente ai fondi da costituire secondo il modello già previsto dal comma 28 prima richiamato, va detto che in essi la bilateralità, in verità, è nello spirito e non nel corpo. Si parla di bilateralità, ma non è vera bilateralità; il ruolo delle parti sociali si esaurisce nel concepimento del fondo e delle sue regole, ma esso viene poi partorito con decreto del ministro, divenendo altro da sé, divenendo una gestione dell'Inps.

Al riguardo è opportuno fare una precisazione. Non condivido alcune letture che sono state date secondo cui questa normativa prevederebbe un obbligo in capo alle parti sociali di costituire i fondi. L'obbligo di cui si parla non è certo riferibile alle parti sociali, altrimenti questa disciplina sarebbe incostituzionale, in quanto non si può obbligare l'autonomia collettiva. In verità la norma allude maldestramente alla obbligatorietà della copertura che viene assicurata ai lavoratori, alla quale comunque provvede, in caso di inerzia delle parti sociali, il fondo residuale.

Un'ultima osservazione riguarda la salvezza che è stata fatta dei fondi bilaterali già esistenti, si fa riferimento all'artigianato in particolare. Questi rimangono espressione di una vera bilateralità. Il fatto che ad essi si fa implicitamente acquisire una obbligatorietà generale, superando i limiti del diritto privato, non dovrebbe porre eccessivi problemi se è vero che un fondo di questo tipo è già da tempo contemplato nella disciplina della somministrazione senza che siano stati sollevati particolari problemi. E con questo concludo.

INTERVENTI

PASQUALE PASSALACQUA

Volevo soffermarmi su alcuni spunti molto interessanti sviluppati nella prima parte della relazione di Maria Teresa Carinci, in particolare con riferimento alle novità che toccano l'area del lavoro non subordinato, ovvero il lavoro a progetto e le famigerate cd. « partite Iva ».

L'intervento del legislatore si sviluppa nel contesto di quella « crisi », a cui ha fatto ampio riferimento Adalberto Perulli e in tale quadro si è realizzato quello « scambio malvagio » di cui ha parlato Mario Napoli, tra maggiore flessibilità in uscita e maggiore rigidità in entrata.

È appunto sulla « malvagità » in entrata che voglio soffermarmi.

Qui, per combattere il diffuso uso abnorme di contratti di lavoro non subordinato — quanto stipulati, come noto, non per soddisfare reali differenziate esigenze organizzative, ma, invece, come meri succedanei per molti versi meno onerosi del lavoro subordinato — il legislatore reagisce in modo proporzionale all'offesa subita, e, quindi, in modo altrettanto abnorme, attivando contromisure pesanti, attraverso un fuoco di sbarramento che rischia di colpire anche forme genuine ovvero di produrne una sorta di loro aborto, impedendone la nascita. Franco Carinci ha già parlato di « politica di strangolamento del lavoro a progetto » dagli incerti esiti.

Una prospettiva del genere si pone, tuttavia, in decisa controtendenza rispetto a diffusi *inputs* che emergono nel mondo del lavoro. Basta far riferimento ad associazioni spontanee, anche al di fuori delle logiche sindacali consuete, come ad esempio il « Quinto Stato ». Si tratta di lavoratori della conoscenza, del settore della musica, psicologi, progettisti, animatori, ecc., cioè tutta

una serie di collaboratori che hanno palesato a gran voce un grave disagio di fronte alla prospettiva di ottenere tutele soltanto attraverso una riconduzione forzosa al lavoro subordinato, che rappresenta la consueta linea di intervento, rafforzata dalla legge Fornero. Dichiarano, invece, a gran voce il desiderio di diritti riconosciuti proprio sulla base del loro *status* di lavoratori non subordinati, che appare una prospettiva accolta dalla nuova legge solo in piccola parte, comunque marginale rispetto a quella parallela principale, di loro ghettizzazione in recinti sempre più circoscritti.

Attraverso diverse disposizioni della nuova legge si moltiplicano i casi di forzata riconduzione nell'onnivoro territorio della subordinazione di contratti di lavoro stipulati come autonomi non subordinati, sintomo della perdurante miopia del legislatore, che ha serie difficoltà nel delineare fattispecie volte a un largo uso comune oltre le lenti della subordinazione.

Le ragioni che sorreggono tali scelte sono quelle consuete, cioè l'approdo alla subordinazione come contenitore privilegiato delle tutele; tuttavia, questo risultato viene realizzato attraverso modalità che suscitano molti dubbi anche sul piano più strettamente tecnico giuridico. Così, la scelta del legislatore di utilizzare la discutibile presunzione legale relativa di presenza di un rapporto coordinato in presenza di determinati presupposti, al fine di evitare l'uso improprio di contratti di lavoro autonomo *tout court*, con regime fiscale a partita IVA (ora art. 69-*bis*, d.lgs. n. 276/2003), fa ritenere a Maria Teresa Carinci che in questo modo si finisce « per ampliare *nella sostanza* l'area della subordinazione come mero sostituto funzionale del lavoro subordinato ».

Allargando il discorso anche alle disposizioni emanate con riguardo al lavoro progetto, tra i tanti dubbi cui possono dar luogo, emerge quello relativo appunto all'incidenza sulla nozione di subordinazione.

L'implicita diagnosi è nota. Di fronte a una diffusa insoddisfazione circa la capacità dell'elemento della eterodirezione ad assurgere a parametro decodificante della subordinazione e distintivo rispetto ad altre forme di lavoro, il legislatore introduce nuovi criteri, che si basano sul grado di professionalità. Così per lavori di elevata professionalità può reggere il lavoro autonomo, mentre, invece, quelli a bassa professionalità e ripetitivi restano inquadrabili soltanto nella schema della subordinazione. Come si può notare si tratta di elementi del tutto eccentrici rispetto alla nozione

di subordinazione, che non fanno alcun riferimento alle modalità di relazione tra il datore di lavoro committente e il lavoratore collaboratore.

Inoltre l'individuazione di questi nuovi parametri — e così mi ricollego anche alle tematiche affrontate nella relazione di Vito Leccese — avviene anche attraverso un rinvio alla contrattazione collettiva del sindacato comparativamente più rappresentativo, chiamata a individuare da un lato i compiti meramente esecutivi o ripetitivi che non possono essere utilizzate nel quadro di un lavoro a progetto (nuovo art. 61, primo comma, d.lgs. n. 276/2003, ultimo periodo) e, dall'altro, le prestazioni di elevata professionalità per le quali, invece, non opera il meccanismo presuntivo della presenza della subordinazione, prescritto in caso di attività svolta dal collaboratore a progetto con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente (nuovo art. 69, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003).

A mio avviso, semplificando necessariamente in questa sede il discorso, si tratta di norme non sulla qualificazione, sulla nozione della subordinazione, ma, in maniera meno problematica, attraverso tali norme si operi sempre nell'ambito delle presunzioni. Così, nel primo caso saremmo di fronte a norme inibitorie, norme che da un lato impediscono il ricorso a quelle forme a prescindere da una tecnica qualificazione della subordinazione, costruite sul valore presuntivo dato dallo svolgimento di compiti « meramente esecutivi o ripetitivi », ritenuto « pericolo » indice della presenza effettiva di una fattispecie di lavoro subordinato. Nell'altro caso si tratta di disinnesicare la presunzione di subordinazione prevista, sicché in caso di prestazioni di elevata professionalità, la prova della subordinazione resta affidata alla prova dei consueti « indici » a carico del collaboratore a progetto.

Quanto al rinvio alla contrattazione collettiva, si può ritenere si tratti di rinvio integrativo, di carattere specificatorio dell'ipotesi individuata dal legislatore. Il giudice, dunque, in presenza di intervento sul punto della contrattazione collettiva potrà dedurre elementi per il suo giudizio dalle ipotesi delineate dalla contrattazione collettiva. Ne deriva che anche in mancanza di intervento della contrattazione collettiva sul punto, il giudice, attraverso il suo libero apprezzamento, procederà comunque a determinare in concreto il significato da attribuire, da un alto ai « compiti mera-

mente esecutivi o ripetitivi » e, dall'altro, alle « prestazioni di elevata professionalità ».

In ogni caso, nel diseguale bilanciamento tra norme sostanzialmente inibitorio-sanzionatorie e norme tese al riconoscimento di nuovi diritti per i lavoratori a progetto in quanto tali, in questo secondo versante si può apprezzare l'intervento, frutto del dibattito parlamentare, sul compenso del lavoro a progetto, che chiarisce, dopo il « timido » e non limpidissimo intervento attraverso una disposizione della legge del 2007, il recepimento in questo ambito dei principi sulla giusta retribuzione tipici del lavoro subordinato (nuovo art. 63, d.lgs. n. 276/2003).

Tralasciando ovviamente in questa sede le questioni di ordine interpretativo esegetico, l'intervento risulta assolutamente apprezzabile, e, anzi, necessario sul piano generale, in quanto pare riesca a bilanciare gli effetti — definiti « terribili » proprio dalle associazioni di lavoratori non standard a cui prima facevo riferimento —, derivanti dall'aumento dell'onere contributivo per queste tipologie di rapporti disposto dalla stessa legge Fornero (art. 1, 79° comma, l. n. 247/2007, come modificato dall'art. 2, 57° co., l. n. 92/2012, a sua volta modificato dall'art. 46-*bis* del d.l. n. 83/2012). Invero, un aumento dell'onere contributivo attuato in mancanza del riconoscimento di parametro teso a individuare il compenso minimo avrebbe scaricato il maggior costo complessivo interamente sui lavoratori collaboratori.

Allo stesso tempo cosa manca e continua a mancare? La tutela sindacale, affidata ancora a sparute previsioni di qualche accordo collettivo, sicché — come è emerso nella cronaca in molte situazioni « calde » — tali lavoratori non subordinati non hanno di solito alcun titolo per partecipare e indire assemblee e costituire proprie rappresentanze sindacali. Al contempo, in tema di recesso, possiamo registrare un intervento da parte del legislatore del 2012, che vale a impedire ora il recesso *ad nutum* con il solo preavviso (nuovo art. 67, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003), ma senza delineare, oltre il mero preavviso, alcun sistema di tutele indennitarie in caso di recesso illegittimo.

Resta poi appena accennata la tutela sul piano del welfare, in caso di perdita dell'occupazione. Invero, il legislatore introduce una apposita indennità in favore dei collaboratori coordinati e continuativi, iscritti in via esclusiva alla gestione separata presso

l'INPS, in presenza, però, di stringenti limiti e condizioni per il suo godimento (art. 2, 51° comma, l. n. 92/2012).

Qui non si può che condividere quanto osserva Enrico Gragnoli nella sua relazione, dove sottolinea la grave mancanza nell'ambito della l. n. 92/2012 di strumenti di tutela universalistici per tali categorie di lavoratori, giacché lo strumento previdenziale assicurativo, già in debito di ossigeno sul piano generale, mostra ancor di più il fiato cortissimo rispetto a queste tipologie di lavoro.

Concludo proprio sugli enti bilaterali, attraverso i quali, pur in mancanza di esplicita previsione del legislatore, si potrebbero delineare nuove tutele anche in favore dei lavoratori non subordinati,

Prendo spunto da riflessioni già presenti nella relazione di Enrico Gragnoli e sulle quali si è già soffermato Franco Liso nel suo intervento, in relazione al delinarsi di due modelli divergenti. Da un lato, invero, si costruisce un apprezzabile modello teso all'ampliamento dell'ambito di tutele rispetto a quanto garantito dallo Stato e lo si affida agli enti bilaterali, cioè in chiave comunque espansiva della tutela offerta dal sistema di protezione sociale pubblico.

Al contempo si afferma anche un opposto modello, in cui l'intervento dei fondi bilaterali vale, invece, a supplire, in una sorta di sussidiarietà capovolta, un intervento statale in ritirata, che lascia intravedere il delinarsi di un panorama frammentato e disorganico, a incidenza variabile di tutela, disomogenea quanto a settori produttivi e a contesti territoriali, che lascia agli enti bilaterali il gravoso onere del reperimento delle risorse.

VALERIO SPEZIALE

Diritto del lavoro, teoria economica e tutela del licenziamento nella l. n. 92/2012.

SOMMARIO: 1. Il Diritto del lavoro come « fattore autosufficiente » di creazione dell'occupazione: critica. — 2. La identificazione del licenziamento discriminatorio ed ingiustificato ai fini sanzionatori: critica. — 3. La distinzione tra « fatto » e sua qualificazione giuridica nel licenziamento disciplinare.

1. *Il Diritto del lavoro come « fattore autosufficiente » di creazione dell'occupazione: critica.*

Le riflessioni e gli stimoli suggeriti dalle relazioni sono numerosi e certamente non possono essere sintetizzati in un intervento. Per questa ragione mi limiterò a qualche considerazione su alcuni aspetti della l. n. 92/2012, che ha l'ambizione di costituire l'ennesima « grande riforma » del Diritto del lavoro italiano.

L'art. 1, comma 1, della legge individua l'obiettivo macroeconomico, consistente nella costruzione di « un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, capace di assicurare, insieme alla crescita economica e sociale, la creazione quantitativa e qualitativa dell'occupazione e quindi la riduzione permanente del tasso di disoccupazione ». Questa formulazione, oltre a costituire una risposta all'invito contenuto nella lettera della Banca Centrale Europea dell'agosto 2011, « si colloca fra le misure che il governo italiano, come altri governi nazionali, è chiamato ad includere nel così detto Programma nazionale di riforma, parte integrante del Documento di economia e finanza da inviare, solitamente al mese di aprile, al Consiglio europeo, in osservanza degli obblighi — questi sì formalmente rilevanti — derivanti dal TFUE » (Sciarra, 2013, 38). Le finalità della legge, dunque, sono coerenti con gli obiettivi perseguiti a livello europeo e con le varie « Raccomandazioni proposte dalla Commissione all'Italia » e dirette « a ridurre il così

detto gap di competitività » (Sciarra, 2013, 38). La riforma del 2013 è, da questo punto di vista, analoga a quella del 2003. L'art. 1 del d.lgs. n. 276, infatti, prevede che le disposizioni della legge « si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione ... e sono finalizzate ad aumentare ... i tassi di occupazione ed a promuovere la qualità e stabilità del lavoro ... ».

Non intendo ovviamente analizzare in modo approfondito la strategia europea per l'occupazione, a cui queste leggi espressamente si collegano. Mi preme sottolineare, peraltro, come le riforme del 2003 e del 2013 siano coerenti con la teoria economica « di tipo tradizionale » (Dell'Aringa, 2012, 42), che attribuisce al Diritto del lavoro ed in particolare alla flessibilità del rapporto la capacità di stimolare « la domanda di lavoro, così come lo farebbe qualsiasi misura tendente a ridurre i costi del lavoro delle imprese e in particolare la rigidità delle norme sulla protezione dei posti di lavoro (*Employment Protection Legislation - EPL*) » (Dell'Aringa, 2012, 42). Tuttavia si è osservato che « né il ragionamento economico, né l'evidenza empirica vanno eccessivamente enfatizzati. Gli stessi organismi internazionali sottolineano nelle loro ricerche di carattere economico che per quanto la flessibilità del lavoro sia importante per stimolare le assunzioni di nuovo personale da parte delle imprese, da sola potrebbe fare ben poco, soprattutto in una situazione, quale quella attuale, in cui sono soprattutto le condizioni macroeconomiche dei conti pubblici e della competitività internazionale a pesare sulla scarsa crescita dell'Italia e degli altri Paesi della fascia mediterranea » (Dell'Aringa, 2012, 43).

Al contrario, la « teologia economica » dominante (Patruno, 2012) attribuisce al Diritto del lavoro la capacità di essere il « motore fondamentale » di crescita dell'occupazione, senza considerare le altre variabili macroeconomiche. Già molti anni fa si rilevava che la *labour economics* — focalizzata « sulla diade rigidità/flessibilità del mercato del lavoro » — costituiva un approccio parziale ed errato perché tutto incentrato « sulle imperfezioni del mercato del lavoro » e senza considerare « gli equilibri macroeconomici » e l'interazione « fra mercato del lavoro e mercato del prodotto » (Ciocca, 1997, X e XI). Alla fine degli anni '90, si sottolineava che il problema della disoccupazione era da riconnettere alla « *combinazione* (senza dubbio assai complessa) dell'evoluzione della domanda [dei beni] da una parte e dell'evoluzione della tecnologia dall'altro, che diventa il nodo centrale per capire le spinte sull'evo-

luzione della possibilità di occupazione » (Pasinetti, 1997, 88). D'altra parte, la valutazione diacronica negli ultimi 10 anni degli effetti sull'occupazione delle riforme sul lavoro non è sicuramente positiva. Nonostante le riforme abbiano notevolmente incrementato la flessibilità nel rapporto di lavoro, l'occupazione non è migliorata né sotto il profilo quantitativo — particolarmente per quanto riguarda il tasso di partecipazione al mercato del lavoro, notevolmente più basso rispetto alla media europea soprattutto per i giovani e le donne — né per quanto attiene alla qualità del lavoro, caratterizzato da un elevato livello di precarietà. Questa situazione dovrebbe sollecitare un evidente ripensamento sulla capacità della regolazione giuridica del mercato del lavoro quale « fattore autosufficiente » di creazione di occupazione.

Ma non basta. Oltre a questo errore teorico evidente, l'approccio qui criticato prescinde da un'analisi concreta degli effetti che le riforme del lavoro sono in grado di realizzare e propone sempre le stesse « ricette » economiche a prescindere dai risultati concretamente ottenuti. La riforma del 2003, ad esempio, con la sua moltiplicazione di tipologie contrattuali flessibili fu giustificata con la finalità di ridurre il lavoro irregolare. Essa, tuttavia, non ha avuto alcun effetto da questo punto di vista: « i datori di lavoro che assumevano in nero continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente » (Tealdi, 2012, 3). Conclusioni analoghe si possono trarre per la correlazione tra rigidità della disciplina dei licenziamenti e dinamica dell'occupazione, che è contestata a livello teorico e che ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice. Anche in questo caso i dati empirici, con riferimento al nostro paese ed ad altre realtà europee, non sono in grado di dimostrare che una riduzione delle tutele in materia di licenziamenti ha effetti positivi sull'occupazione (Speciale, 2013, 306; Fabrizi, Peragine, Raitano, 2013, 57 ss.).

La riforma Fornero si propone di valutare in modo stabile l'impatto della nuova legge, con l'intento di verificare « lo stato di attuazione degli interventi e delle misure » introdotte « e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata ed uscita nell'impiego ». A tale scopo è prevista la istituzione di un « sistema per-

manente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan) » (art. 1, comma 2, l. n. 92/2012). La speranza è che il sistema di valutazione delle riforme sia effettivamente realizzata e non rimanga, come era già previsto nel d.lgs. n. 276/2003, un mero auspicio mai in concreto attuato (Sciarra, 2013, 41). Senza dimenticare, infine, che, anche alla luce dei valori costituzionali nazionali ed europei, la « qualità » dell'occupazione — intesa come lavoro stabile ed in grado di soddisfare diritti fondamentali del lavoratore — è un parametro essenziale di valutazione, che non può essere sostituito da un giudizio meramente quantitativo degli effetti delle riforme (perché un lavoro precario ed a bassa remunerazione non è « l'occupazione » voluta dalla Costituzione e dai Trattati Europei).

2. *La identificazione del licenziamento discriminatorio ed ingiustificato ai fini sanzionatori: critica.*

Venendo all'analisi dei profili giuridici della riforma, vorrei svolgere qualche osservazione sulla tesi espressa da Maria Teresa Carinci, secondo la quale il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo è necessariamente discriminatorio e comporta l'applicazione della tutela reale « piena » prevista dall'art. 18, comma 1, oggi riformato.

Questa interpretazione si presta ad alcune obiezioni preliminari. In primo luogo essa si muove in una logica opposta a quella perseguita dal legislatore, che intende graduare le tutele in relazione alla tipologia di recesso (ad es. per i licenziamenti nulli) ed alla sua gravità. Al contrario questa lettura ha un carattere unificante dell'intero sistema sanzionatorio. Un risultato esattamente contrario a quello voluto dalla riforma ed in contrasto con la *ratio* della nuova normativa che, pur se non esclusivo, è un canone fondamentale di interpretazione della legge. Non penso che, nelle intenzioni della l. n. 92/2012, la mancanza di ragioni economiche ed organizzative del recesso dovesse necessariamente comportare la sua qualificazione come discriminatorio con applicazione del regime sanzionatorio « forte » (reintegra e risarcimento del danno fino all'effettiva ricostituzione del rapporto di lavoro).

D'altra parte l'interpretazione qui criticata ha una valenza generale, non limitata alla nuova disciplina dell'art. 18 dello sta-

tuto dei lavoratori. Pertanto, alla luce delle stesse argomentazioni utilizzate da Maria Teresa Carinci (atipicità e potenziale estensione delle discriminazioni a quelle non espressamente previste; carattere discriminatorio di qualunque causa giustificativa diversa da quelle tecnico organizzative ammesse dall'ordinamento), le imprese con meno di 16 dipendenti nell'ambito della stabilità obbligatoria sarebbero soggette alla reintegra in caso di licenziamento ingiustificato. Infatti, si sarebbe in presenza di un recesso disciplinato dall'art. 3 della l. n. 108/1990 (oggi comma 1 dell'art. 18), applicabile a prescindere dalle dimensioni dell'impresa e con totale esclusione del regime risarcitorio tra un minimo di 2,5 ad un massimo di 6 mensilità della retribuzione globale di fatto. In sostanza la stabilità obbligatoria della l. n. 604 ... non sarebbe più esistente. E questo nonostante la riforma non intenda minimamente incidere su tale aspetto. Senza dimenticare le varie decisioni della Corte costituzionale che, pur in presenza di una specifica disciplina sui licenziamenti discriminatori, hanno sempre ammesso il parallelismo delle tutele e la piena legittimità di quella « debole ».

Le considerazioni descritte potrebbero essere sufficienti a confutare questa interpretazione, che peraltro si presta ad altre obiezioni. Il legislatore, infatti, ha sempre nettamente distinto tra licenziamenti discriminatori e quelli privi di giusta causa o giustificato motivo. La prima distinzione è concettuale e si lega alla stessa natura delle due tipologie di recesso. Nel licenziamento giustificato, il datore di lavoro è abilitato ad interrompere il contratto in presenza di interessi organizzativi in senso lato connessi alla persona del lavoratore (ed al vincolo fiduciario in relazione anche ai futuri adempimenti) o alla struttura economica dell'impresa, bilanciati con gli opposti interessi del lavoratore alla stabilità del lavoro ed alla continuità del reddito. Le causali giustificative previste dalla legge con « norme aperte », che vengono adattate dal giudice alle fattispecie concrete sottoposte alla sua valutazione, possono essere assenti per una pluralità di ragioni (mancanza dei presupposti di fatto o della gravità necessaria, scarso bilanciamento con l'interesse del dipendente ecc.). In questo caso il licenziamento è illegittimo.

Quando l'atto interruttivo del rapporto è basato su discriminazioni, la legge reprime un illecito. In questo caso il recesso non è fondato sugli interessi organizzativi, in senso lato, del datore di

lavoro sopra descritti ma è diretto a perseguire finalità completamente estranee ai profili collegati all'adempimento del contratto o ad esigenze legate all'organizzazione dell'attività economica. Questi scopi ulteriori (licenziamento per razza, sesso, età, opinioni politiche, attività sindacale, convinzioni personali ecc.) sono considerati come particolarmente riprovevoli dall'ordinamento in quanto lesivi anche di diritti fondamentali di rilievo costituzionale. Essi, inoltre, esprimono una « distorsione del potere di licenziamento » che non viene esercitato nell'ambito delle cause legittime di recesso e degli interessi da esse presi in considerazione, ma per il perseguimento di « scopi abietti » che vanno repressi in ogni caso.

Questa diversa struttura delle due tipologie di atti è stata fatta propria dal legislatore sin dalla l. n. 604/1966, nella quale si distingue nettamente il licenziamento discriminatorio dalla mancanza di giusta causa o giustificato motivo. Tale diversità è stata poi ulteriormente rafforzata dalla legislazione successiva, che ha esteso le fattispecie di discriminazione. Inoltre, per rimarcare ulteriormente la distinzione concettuale e pratica tra le due forme di recesso, la discriminazione è stata considerata come causa di nullità, mentre la mancanza di giustificazione quale ipotesi di annullabilità. Questa differenza è contenuta nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori oggi abrogato (che unifica i regimi sanzionatori ma non le distinzioni concettuali tra licenziamento nullo, annullabile o inefficace). Essa, peraltro, viene espressamente confermata dal nuovo art. 18, nel quale il licenziamento discriminatorio è nullo (comma 1), mentre, nel caso di assenza di giustificazione, il giudice « annulla il licenziamento », quando non attribuisce al recesso ingiustificato comunque efficacia risolutiva. La utilizzazione di due differenti vizi del contratto e degli atti unilaterali dimostra il diverso grado di importanza attribuito dall'ordinamento a fattispecie considerate come nettamente distinte e non sovrapponibili. E non è un caso che la giurisprudenza, quando vi è giusta causa o giustificato motivo, escluda di per sé il carattere discriminatorio, proprio a dimostrazione della inconciliabilità delle due tipologie di recesso.

La eventuale « atipicità » dell'illecito discriminatorio, a cui l'interpretazione criticata attribuisce notevole importanza per sostenere la propria tesi, è contestata da una parte della dottrina. In ogni caso essa non consente di identificare il licenziamento basato su discriminazioni con l'assenza di giusta causa o giustificato mo-

tivo. Infatti la mancanza di tassatività delle ipotesi previste dalla legge non esclude che le norme considerino come discriminatori quei recessi che perseguono interessi riprovevoli — anche non espressamente regolati — ma comunque *differenti* dall'assenza di giustificazione soggettiva od oggettiva. È questo ad esempio, il caso di licenziamento ritorsivo, dove la reale ragione dell'atto introduttivo è quella di « punire » un lavoratore che ad esempio abbia avanzato legittime rivendicazioni. Inoltre, un recesso basato su una causa giustificativa diversa da quelle tecnico-organizzative non è necessariamente collegato « *a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa* » (M.T. Carinci) e, quindi, inevitabilmente discriminatorio. Infatti il licenziamento può dipendere dalla erronea valutazione, da parte del datore di lavoro, della gravità di un comportamento considerato come tale da incidere sul vincolo fiduciario ma che, invece, non ha le caratteristiche volute dalla legge. Oppure sulla insufficiente considerazione delle condizioni economiche (carattere strutturale della crisi, impossibilità di *repechage* ecc.) che possono configurare un giustificato motivo oggettivo. In definitiva si sarebbe in presenza di valutazioni errate del datore di lavoro sulla sussistenza di interessi organizzativi dell'impresa che legittimano il recesso, senza che vi sia la finalità di « colpire » la dignità del lavoratore per scopi riprovevoli ed operando comunque per ragioni « *attinenti con la prestazione lavorativa* ».

Il quadro sopra delineato dimostra che il legislatore ha inteso espressamente escludere qualsiasi identificazione tra licenziamento discriminatorio e il recesso ingiustificato, che sono differenziati nella struttura causale, nelle finalità perseguite, nella qualificazione della tipologia di vizio dell'atto, nella ripartizione dell'onere della prova e così via. Questa situazione, già prima esistente, viene recepita nel nuovo art. 18 dello statuto, il quale enfatizza ulteriormente tale distinzione anche sotto il profilo del regime sanzionatorio. Quest'ultimo, infatti, viene « scomposto » nei suoi elementi, eliminando l'unificazione tra diverse ipotesi di invalidità/inefficacia del recesso e prevedendo una disciplina specifica solo per il licenziamento nullo, tra cui viene incluso quello disciplinare. Una scelta in linea con una tradizione ormai consolidata di attribuzione di un maggior « disvalore » a queste tipologie di recesso — considerate come atti nulli inidonei a produrre qualsiasi effetto — che qui si concretizza in sanzioni più severe rispetto a

quelle connesse alle ipotesi di annullabilità per mancanza di giusta causa o giustificato motivo. Non vi è dubbio, dunque, che la nuova disciplina imponga di considerare separatamente le regole contenute nei primi tre commi dell'art. 18 rispetto a quanto previsto per il licenziamento ingiustificato nella parte restante della disposizione.

3. *La distinzione tra « fatto » e sua qualificazione giuridica nel licenziamento disciplinare.*

Qualche considerazione, infine, sulla distinzione tra « fatto » e qualificazione che è disciplinata dalla riforma sia in relazione alla giusta causa che al giustificato motivo. Tra le prime interpretazioni proposte, si è affermato che l'art. 18 impone oggi una duplice distinta valutazione: l'esistenza o meno del « fatto materiale », privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi inteso come azione materiale o evento concreto) e « la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo ». Il primo controllo dovrebbe essere condotto « senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere ». Il secondo giudizio dovrebbe comportare, invece, la considerazione della gravità del comportamento del lavoratore o della ragione aziendale, operando « con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi, al riguardo non si registrano novità di rilievo ». Soltanto nel caso dell'accertamento della insussistenza (o manifesta) insussistenza del fatto opererebbe la reintegrazione. In tutte le altre ipotesi si procederebbe o ad accertare la legittimità del licenziamento, o a sancirne l'assenza di giusta causa e giustificato motivo, applicando la sola sanzione risarcitoria (Maresca, 2012, 435 ss.).

Questa tesi si presta a molte considerazioni critiche. La prima è che la tesi qui criticata, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe far ritenere che un « fatto lecito » (ad esempio non aver salutato il datore di lavoro) dovrebbe necessariamente determinare, a fronte della palese ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. Qui il « fatto sussiste » e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si potrebbe fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conse-

guenze evidentemente assurde. Inoltre, in una recente sentenza, si è affermato che « la fattispecie inerente la c.d. “insussistenza del fatto contestato” » va interpretata come « fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo ». D'altra parte « l'insussistenza » non può essere letta come se essa « facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione » (1). Si è poi giustamente osservato che, nel sistema giuridico, « il “fatto” nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi ... Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore* » (Perulli, 2012, 17). Si tratta di osservazioni certamente condivisibili.

A parte queste considerazioni, mi sembra che la necessità di considerare il « fatto » sia nella sua consistenza materiale (azione/omissione), sia sotto il profilo dell'elemento soggettivo trovi conferma nella seconda parte del primo periodo del c. 4 del nuovo art. 18. In essa si stabilisce che la reintegra opera *anche* quando « il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili ». Al magistrato, dunque, non si chiede di valutare soltanto la esistenza o inesistenza del fatto materiale, ma anche la sua gravità, perché se esso è considerato come tale da comportare una sanzione conservativa non vi è un licenziamento giustificato ed occorre reintegrare il dipendente.

Si potrebbe obiettare che questa verifica va compiuta solo rispetto alle sanzioni conservative previste dai contratti collettivi e

(1) T. Bologna 15 ottobre 2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla Srl - Giudice Marchesini), inedita, p. 3.

dai codici disciplinari, assegnando al giudice il compito esclusivo dell'« accertamento materiale » di quanto ivi previsto, senza alcuna valutazione. Se il comportamento addebitato rientra tra quelli non puniti con il licenziamento dall'autonomia collettiva o dal codice disciplinare, il giudice accerta la legittimità del recesso e ordina la reintegra. Altrimenti non può fare altro che qualificare il licenziamento come legittimo (e quindi conferma l'effetto risolutivo) o *contra legem*, ma prevedendo soltanto la condanna al risarcimento del danno (2). In verità, durante l'*iter* di approvazione della riforma, è stato eliminato il riferimento alla « legge » precedentemente contenuto nel testo presentato il 23 marzo 2012 al Consiglio dei ministri. Alcuni commentatori (3) avevano subito notato che il richiamo alla legge avrebbe aperto la strada a possibili valutazioni della gravità del fatto ai sensi dell'art. 2106 c.c., consentendo l'utilizzazione del criterio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ivi previsto. In questo modo, si è affermato, « ogni volta che il giudice, applicando tale criterio, ritenga che il fatto posto a base del licenziamento meriti una sanzione meramente conservativa, procederà alla reintegra del lavoratore » (4).

Tuttavia, si è già osservato che l'eliminazione dal comma 4 della parola « legge » non avrebbe consentito di bypassare il giudizio di proporzionalità, connaturato all'esercizio del potere disciplinare ed espressamente previsto dall'art. 2106 c.c., non abrogato né implicitamente, né esplicitamente (5). Un'opinione sicuramente condivisibile, ricordando, tra l'altro, come le sanzioni conservative — con l'individuazione di « tetti » massimi — sono legificate anche dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori. Pertanto, in presenza di queste disposizioni che sono vigenti e vincolano la va-

(2) In tal senso, ad es., Marazza, 2012, 624; Tremolada, 2012, 53-56; Vallebona, 2012, 57-58; Treu, 2012, 53, 55. Cester (2012, 57) sembra attribuire al giudice una valutazione della proporzionalità della sanzione solo in rapporto a quelle predisposte unilateralmente dal datore di lavoro nel codice disciplinare. Questo a., peraltro, ritiene che il licenziamento comminato nelle ipotesi repressive con sanzioni conservative previste dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare comporti la reintegra.

(3) Maresca, De Luca Tamajo, 2012; Ichino, 2012, 12, nt. 15.

(4) Maresca, De Luca Tamajo, 2012, 1.

(5) F. Carinci, 2012a, 547; Id., 2012b, 6. In senso conforme Marazza, 2012, 624, che sottolinea la necessità del giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106. *Contra*, Tremolada, 2012, 53-54; Santini, 2012, 244 (questa a. fonda la sua tesi sull'eliminazione del riferimento alla « legge » contenuto nel testo originario); Treu, 2012, 49.

lutazione del magistrato, il giudice dovrà in ogni caso verificare che il fatto, oltre ad essere esistente, non abbia un contenuto tale da poter determinare una sanzione conservativa alla luce del contratto collettivo (o del codice disciplinare) e della legge. Inoltre, qualora egli giunga a tali conclusioni, dovrà dichiarare l'illegittimità del recesso e disporre la reintegra (6).

La tesi qui proposta si basa su diversi elementi. In primo luogo, sulla presenza delle norme di legge sopra indicate e sulle altre argomentazioni già espresse. Poi sulla previsione, da parte del nuovo art. 18, dell'obbligo di reintegra quando un fatto comporta l'applicazione di una sanzione conservativa per il contratto collettivo o il codice disciplinare. Il giudizio di proporzionalità, dunque, è confermato come elemento essenziale dell'accertamento del giudice, seppure delegato ad atti esterni, contrattuali o unilateralmente predisposti dal datore di lavoro. Tra l'altro, in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente che ad un fatto corrisponda una specifica sanzione, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare va applicato per le medesime condotte ed in proporzione alla gravità del comportamento (Magnani, 2012a, 12; Marazza, 2012, 625; Tremolada, 2012, 55; Galantino, 2012, 241; F. Carinci, 2012b, 6). Una dimostrazione, quest'ultima, della impossibilità di scindere « fatto » e sua valutazione e di come la qualificazione del comportamento sotto il profilo della sua intensità sia parte integrante del controllo giudiziale.

Tale interpretazione, infine, trova fondamento, nella necessità che questa valutazione di proporzionalità — alla luce del quadro normativo legale sull'esercizio del potere disciplinare — venga applicata nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di ugua-

(6) *Contra* Marazza, 2012, 624, che ritiene applicabile la reintegrazione solo nel caso in cui « il fatto compiuto sia espressamente sanzionato con una sospensione ... » da parte della contrattazione collettiva o del codice disciplinare. In senso analogo Cester, 2012, 570 ss.; Tremolada, 2012, 53-56; Vallebona, 2012, 57-58; Santini, 2012, 241-242; Galantino, 2012, 243; Tatarelli, 2012, 450; Treu, 2012, 53, 55. Una tesi a mio giudizio non condivisibile per le ragioni spiegate nel testo. Si è anche parlato di possibili « interpretazioni estensive ed anche analogiche » (F. Carinci, 2012a, 547) dei codici disciplinari.

gianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 c.c., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge (7).

La riforma, come si vede, valorizza direttamente le sanzioni conservative previste dall'autonomia collettiva, che diventano obbligatorie per il giudice. Il magistrato, inoltre, dovrà in molti casi esprimere il giudizio di proporzionalità già descritto (8). In senso contrario si è affermato che il riferimento al contratto collettivo contenuto nel comma 4 dell'art. 18 non potrà essere applicato quando « il collegamento tra mancanze e relative sanzioni debba essere effettuato in base ad un criterio di proporzionalità » (Tremolada, 2012, 55). Mi sembra che questa interpretazione, oltre ad esporsi alle obiezioni già descritte, si ponga in contrasto con la formulazione letterale della legge. Quest'ultima rinvia al contratto collettivo in senso generale, senza poter distinguere i casi in cui vi è l'espressa individuazione del comportamento e della relativa sanzione da quelli nei quali vi è la semplice inclusione del comportamento tra i provvedimenti disciplinari conservativi applicabili in base alla loro gravità. Inoltre, il rinvio all'autonomia collettiva anche quando non vi è una esemplificazione diretta del fatto e del provvedimento disciplinare ha comunque un senso. Infatti, il ma-

(7) È come se, fermo restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della l. n. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 c.c. o all'art. 3 della l. n. 604/1966.

(8) Marazza, 2012, 625. Questo accade, ad es., nel caso del ccnl edili 2008 (art. 99), che gradua le sanzioni per i medesimi fatti ed in rapporto alla loro gravità.

gistrato troverà in ogni caso nel contratto un parametro di riferimento per comprendere quali comportamenti sono astrattamente riconducibili ad una multa o ad una sospensione e sarà quindi facilitato nella sua valutazione (pur dovendo « graduare » la sanzione). In questo contesto, infine, le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo ivi contenute saranno un punto di riferimento, ma non diventeranno vincolanti, in coerenza con quanto previsto dall'art. 30, comma 3, della l. n. 183/2010 (che impone solo di « tenerne conto »).

In conclusione, tutti gli elementi prima descritti confermano che il giudice dovrà analizzare il « fatto » sia nella sua struttura materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), sia nella sua componente soggettiva. Quando il « fatto sussiste » e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità « intermedia » tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa od una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle « altre ipotesi » di licenziamento ingiustificato (9).

Riferimenti bibliografici

CARINCI F. (2012a), *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 6, p. 529 ss.

(9) Una parte assai consistente della dottrina ritiene, al contrario, che la reintegra opererà soltanto nel caso di insussistenza del « fatto » (inteso nella sua componente oggettiva già descritta e senza alcuna valutazione connessa alla componente soggettiva) e qualora il contratto collettivo o il codice disciplinare preveda che il comportamento vada punito con una sanzione conservativa. Una tesi che, a mio giudizio, non può essere accolta per le ragioni indicate nel testo.

- CARINCI F. (2012b), *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in www.esd.lea.unict.it, p. 1 ss.
- CESTER C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, p. 547 ss.
- CIOCCA P. (1997), *Introduzione*, in CIOCCA P. (a cura di), *Disoccupazione di fine secolo - Studi e proposte per l'Europa*, Torino, Boringhieri, p. VII ss.
- DELL'ARINGA C. (2012), *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, p. 42 ss.
- FABRIZI E., PERAGINE V., RAITANO M. (2013), *Flessibilità del lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro - Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, p. 49 ss.
- GALANTINO M.L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, p. 231 ss.
- ICHINO P. (2012), *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi «Domenico Napoleotano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- MAGNANI M. (2012a), *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, p. 3 ss.
- MARAZZA M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, p. 612 ss.
- MARESCA A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *RIDL*, I, p. 415 ss.
- MARESCA A., DE LUCA TAMAJO R. (2012), *Più contratto, meno giudici*, *Il Sole 24 Ore*, 17 aprile 2012. www.ilssole24ore.com.
- PASINETTI L. (1997), *Studi sulla disoccupazione: il ruolo delle istituzioni*, in CIOCCA P. (a cura di), *Disoccupazione di fine secolo - Studi e proposte per l'Europa*, Torino, Boringhieri, p. 83 ss.
- PATRUNO L. (2012), *La «teologia economica» dell'Europa ed il «banco del macellaio» (Schlachtbank) della Storia*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2012.
- PERULLI A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, di prossima pubblicazione in *ADL*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- SANTINI F. (2012), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, p. 236 ss.
- SCIARRA S. (2013), *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro - Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, p. 37 ss.

- SPEZIALE V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro - Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, p. 305 ss.
- TATARELLI M. (2012), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam.
- TEALDI C. (2012), *La flessibilità non ferma il sommerso*, 8 maggio 2012, <http://www.lavoce.it>, p. 1 ss.
- TREMOLADA M. (2012). *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 stat. Lav.*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Milano, Ipsoa, p. 49 ss.
- TREU T. (2012), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *CSDLE.it*, 155, p. 1 ss.
- VALLEBONA A. (2012). *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.

LUISA CORAZZA

Questo breve intervento si sofferma sulla relazione di Maria Teresa Carinci in tema di riforma del licenziamento e del suo sistema sanzionatorio. La relazione di Maria Teresa Carinci ci impone di riflettere su un particolare aspetto: se la variazione del sistema di tutele del licenziamento abbia avuto un impatto sul profilo delle causali. Il problema è dunque capire se, in una prospettiva di dialogo tra rimedi e fattispecie, un intervento di riforma sul sistema dei rimedi, come quello introdotto dalla riforma Fornero, incida o meno anche sulla fattispecie, modificandone i contorni.

La questione induce a riflettere sull'impatto sistematico dei sistemi rimediali, adottando un modo di ragionare che non è tipico del giurista continentale, ma è più consono a quello dei giuristi di *common law*.

Gli interventi che mi hanno preceduto già hanno messo in discussione alcuni aspetti della tesi di fondo di Maria Teresa Carinci, che prospetta la possibilità di un allargamento della tutela antidiscriminatoria per mezzo di una sostanziale assimilazione del licenziamento ingiustificato e del licenziamento discriminatorio. In particolare, Maria Vittoria Ballestrero ha ribadito come, secondo una tesi da lei sostenuta, il concetto di discriminazione sia un concetto di tipo relazionale, che implica una comparazione tra soggetti, e quindi una identificazione di uno specifico svantaggio in cui si trova un determinato gruppo. Sotto questo profilo, la relazione di Maria Teresa Carinci si colloca tuttavia all'interno di una diversa concezione del diritto antidiscriminatorio, come è stato ben rappresentato dalla relatrice, la quale ha individuato il fondamento costituzionale della tutela antidiscriminatoria nell'art. 2 Cost. Alla base della tutela antidiscriminatoria vi sarebbe pertanto la tutela i diritti fondamentali, prima ancora del principio di uguaglianza tutelato dall'art. 3. Questo diverso filone di pensiero del diritto antidiscriminatorio — ben descritto da Mar-

zia Barbera ormai una decina di anni fa — trova precisi riferimenti del dibattito e nella produzione normativa dell'Unione Europea, dove la tutela antidiscriminatoria non si concentra solo sul problema dello svantaggio dei gruppi, quindi sull'idea di relazione che è sottesa alla discriminazione, ma si estende anche alla dignità della persona e ha il suo perno anche nella lesione della sfera personale.

Tuttavia, proprio in questa concezione della discriminazione come lesione della sfera personale risiede una delle maggiori debolezze della prospettiva di Maria Teresa Carinci, basata su un processo di osmosi tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato.

Rileva anzitutto un dato empirico. Com'è noto, la maggior parte dei licenziamenti sono licenziamenti di carattere economico, di conseguenza, il tipo di ragionamento che conduce a verificare se un licenziamento economico è giustificato si fonda su una serie di elementi (basti pensare a nesso di causalità e obblighi di *repêchage*) che sono strettamente legati alle modifiche organizzative e poco o nulla hanno a che vedere con le lesioni della sfera personale e con l'aspetto della dignità della persona. Il rischio è pertanto quello di trapiantare categorie e concetti della tematica dei poteri organizzativi dell'impresa sul terreno della tutela della persona. A meno che non si intenda aderire ad una lettura incline a ritenere operante lo schema dell'abuso del diritto, che tuttavia è un istituto assai controverso. Tra l'altro, esso viene ormai ricondotto, sul piano della teoria generale, a logiche di bilanciamento tra principi e tra beni costituzionali.

Inoltre, come è stato messo in luce da alcuni interventi che mi hanno preceduto e in particolare dell'intervento di Pietro Ichino e di Paolo Tosi, la modifica del sistema sanzionatorio deve essere inquadrata nella prospettiva sistematica della riforma, che è quella di favorire obiettivi di crescita e di alleggerire il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo. E se sono d'accordo con Maria Teresa Carinci, che rifiuta di ridurre la prospettiva della crescita ad una logica aritmetica di scambio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita, perché questa logica forse non coglie la complessità del problema, non è possibile obliterare del tutto gli obiettivi del legislatore. Si intravede, invero, nella riforma una tensione verso un diverso ragionamento del bilanciamento tra principi quali quelli contenuti per esempio negli artt. 41 e 4 Cost.

In conclusione, la tesi prospettata dalla relatrice rischia di sovraccaricare la tutela antidiscriminatoria di compiti che forse non sono ad essa propri. Probabilmente, i dati statistici che Daniela Izzi nel suo libro ci segnalava, per cui nell'arco di una trentina d'anni soltanto 30 cause di discriminazione sono approdate ad una sentenza, dovranno essere nei prossimi anni ampiamente rivisti. È plausibile infatti tutte le impugnazioni per licenziamento illegittimo tenderanno a confluire sul licenziamento discriminatorio. D'altra parte, mi preme ricordare un dato comparatistico: ci sono ordinamenti, mi riferisco in particolare a quello statunitense, dove il diritto antidiscriminatorio, e in particolare il licenziamento discriminatorio funziona da succedaneo per una tutela piena del licenziamento illegittimo. È difficile sintetizzare in poche battute quali siano le ragioni di questa sostituzione funzionale. Che la grande differenza di tutele tra licenziamento discriminatorio e licenziamento illegittimo possa fungere da criterio guida è tuttavia altamente probabile.

GISELLA DE SIMONE

Tre riflessioni sul diritto antidiscriminatorio (per non parlar del mainstreaming).

1. Se il diritto antidiscriminatorio, si diceva un tempo (e potremmo dire anche oggi), restava, e resta tuttora confinato nelle cucine del diritto del lavoro, il *mainstreaming* è sostanzialmente ignorato, *in primis* dal legislatore, ma anche da parte della stragrande maggioranza degli studiosi del diritto. Le politiche di genere del lavoro (e, indirettamente, le politiche per le famiglie e per la conciliazione/condivisione del lavoro di cura) vengono evocate (più che progettate e attuate) quale strumento per far crescere l'occupazione femminile, soprattutto per le fasce giovanili e per le fasce più anziane delle donne.

Come si domanda e ci domanda la politologa Alisa Del Re (*About Gender*, n. 1/2012), perché tutti (Fornero, Draghi, Saccmanni) dichiarano che oggi è necessario in Italia far crescere l'occupazione femminile? La domanda può essere allargata: perché dovrebbero esserci più donne nelle istituzioni, nei luoghi del potere economico (penso all'ormai prossimo avvio dell'applicazione della l. n. 120/2011 sulle c.d. quote rosa nei consigli di amministrazione), nel mercato del lavoro? Le risposte possono essere molto diverse tra loro. Dipende dal modo in cui si guarda non solo alla domanda, ma ai principi, ai valori, come presupposti e come obiettivi. Come ha osservato Bianca Beccalli (*ingenera.it*, 9 dicembre 2011) « su tutto il campo del rapporto donne/lavoro, il discorso è sotteso da una polarità delle argomentazioni, quello della giustizia e quello dell'utilità, *the ethical case* e *the business case*. Le donne hanno il diritto di lavorare ed è giusto che esse lavorino; le donne sono una risorsa economica, "servono all'economia" ».

Ed è proprio in questo senso, ovvero nella logica del *business case*, che si collocano (§ 11) sia l'analisi sia le proposte contenute nella Relazione annuale che accompagna le Conclusioni generali

presentate giovedì scorso dal neogovernatore della Banca d'Italia Visco — dove invece neppure compare il lemma donne.

La lunga strada verso l'integrazione delle politiche di genere e della famiglia nel diritto (formalmente) asessuato passa a mio avviso necessariamente attraverso il *Mainstreaming* preso sul serio (parafrasando Dworkin).

Le fonti comunitarie sono chiare in proposito, da molti anni, e lo sono ancor più dopo l'ultima direttiva sulla parità tra uomini e donne nel lavoro. Richiamo testualmente alcune fonti, molto sinteticamente. Direttiva 2006/54 - Considerando 2: La parità fra uomini e donne è un principio fondamentale del diritto comunitario (...). Le (...) disposizioni del Trattato sanciscono la parità fra uomini e donne quale "compito" e "obiettivo" della Comunità (...). Art. 29 Integrazione della dimensione di genere: « Gli Stati Membri tengono conto dell'obiettivo della parità tra gli uomini e le donne nel formulare ed applicare leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività nei settori di cui alla presente direttiva » (ossia in materia di occupazione e impiego). E il primo passo, ovviamente è la valutazione (preventiva) di impatto, come ormai da molti anni ci suggerisce la Commissione europea.

Sarebbe presuntuoso, oltre che non realistico, pensare di presentare in un breve intervento, un'analisi di genere del ddl Fornero, in via di approvazione in Parlamento, anche se sarebbe interessante decifrare quale modello di lavoratrice e quale modello di lavoratore (genitori, ma non solo) ha in mente il legislatore, così come valutare coerenze e incoerenze delle nuove previsioni, in connessione con gli interventi immediatamente precedenti (e non rimossi).

Mi pare tuttavia opportuno, e fattibile, concentrare invece l'attenzione su un tema di questa riforma, perché, diversamente dalle sparute norme timidamente a favore della conciliazione — che pure meriterebbero commenti caustici — non è stato individuato, generalmente, come una questione *gender sensitive*, mentre a mio avviso lo è. Ma prima è opportuno dedicare attenzione agli obiettivi del ddl Monti Fornero, come ci ha giustamente invitati a fare Valerio Speciale.

Guardando alle dichiarazioni di intenti (nel testo legislativo, non alla stampa), troviamo infatti alcune cose interessanti.

Tra le finalità del provvedimento (art. 1) troviamo la realizzazione di « un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado

di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare » — per quanto qui rileva — « promuovendo una maggiore inclusione delle donne nella vita economica » (lett. f).

Un mercato inclusivo (per le donne, in particolare) è un obiettivo (non l'unico) anche della c.d. agenda **Europa 2020**, che delinea gli scenari dello sviluppo economico e sociale dell'UE per i prossimi anni.

Per realizzare una « crescita inclusiva — un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale — occorreranno » — si legge — « politiche in favore della parità fra i sessi per aumentare la partecipazione al mercato del lavoro », e « l'accesso alle strutture per l'infanzia e alle cure per le altre persone a carico sarà importante a riguardo ». Coerentemente, a livello nazionale gli Stati membri dovranno facilitare « un migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata », e « promuovere nuove forme di equilibrio tra lavoro e vita privata, parallelamente a politiche di invecchiamento attivo, così come la parità tra i sessi ». Ma di tutto questo nella riforma Monti Fornero non troviamo traccia.

2. Guardando al ddl, vengo al punto focale che avevo preannunciato, ovvero alla modifica dell'art. 18, che si colloca nell'obiettivo c) enunciato all'art. 1: « redistribuzione più equa delle tutele e contestuale adeguamento della disciplina dei licenziamenti ».

Già alla vigilia della presentazione ufficiale del ddl, tutti gli appelli (anche quelli che ho firmato personalmente e come componente del Comitato direttivo di *Lavoro e diritto*) per il mantenimento di una tutela forte come la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo (non solo in caso di licenziamento discriminatorio) ignorano completamente le questioni di genere che la riforma della disciplina dei licenziamenti comporta — come pure per lo più, salvo pochissime lodevoli eccezioni (è il caso di Donata Gottardi), ignorano la dimensione di genere di altre parti del ddl (es. contratto a tempo determinato, partite IVA, associazione in partecipazione, e in generale tutto il lavoro flessibile *vel* precario: ma questo allargherebbe troppo lo spettro della mia valutazione).

Eppure, come cercherò di argomentare, la questione della disciplina dei licenziamenti “è” (anche) una questione di genere.

Dall’art. 8 della l. n. 148/2011 (precedente Governo) al “progetto Fornero” *in fieri*, passando attraverso i diversi modelli alternativi (Ichino e Boeri-Garibaldi, in particolare) sta “passando” un messaggio tanto chiaro quanto potenzialmente pericoloso: la protezione del genere come eccezione, con l’ipocrito *leit motif* secondo il quale comunque la tutela forte (art. 18 attuale, con diritto alla reintegrazione e al risarcimento del danno effettivo) resta garantita in caso di licenziamento discriminatorio.

A suo tempo, analizzando criticamente i disegni di legge appena citati, che ormai circolavano da tempo pur senza incontrare il successo degli ultimi mesi, avevo osservato (*Lavoro e diritto*, 2010, pp. 377 ss.) quanto una modifica della disciplina che escludesse (in contrasto con l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, peraltro) o comunque limitasse (per i licenziamenti per esigenze aziendali) la giustificazione di qualsiasi licenziamento ridurrebbe gravemente la protezione *anche* contro i licenziamenti discriminatori, quand’anche questa rimanesse formalmente immutata, oltre a sgretolare i due “baluardi” ritenuti necessari dalla Corte costituzionale quale “tutela minima”: il ricorso al giudice e la necessaria giustificazione. Ove il licenziamento non dovesse più essere giustificato sarebbe molto più difficile, per il soggetto discriminato (per lo più la lavoratrice), impugnare un licenziamento discriminatorio, perché, pur con le agevolazioni probatorie previste in materia di discriminazione, risulterebbe per l’appunto difficile provare, anche solo *prima facie*, che la ragione del licenziamento è discriminatoria. Almeno questo rischio, fortunatamente, è stato evitato nel ddl, come altri hanno già segnalato.

Prima di ragionare sul modello di riforma *in itinere*, è possibile e utile riflettere su regole che già esistono, almeno sulla carta (e che in alcuni casi vengono anche applicate). Mi riferisco all’art. 8 della l. n. 148/2011 (uno degli ultimi lasciti del ministro Sacconi), notoriamente non abrogato dal ddl Fornero, e oggetto ieri di numerosi interventi. Tra le « materie » oggetto di possibili accordi sindacali in deroga alla legge — « fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro » — troviamo anche le « conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro », e dunque la possibilità di modulare o escludere la tutela reale, per esempio.

Ma l'ipocrisia del governo (e del Parlamento che quella legge ha approvato) ha previsto alcune limitazioni *gender sensitive*: fanno infatti « eccezione » « il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento ».

Se è vero che in questo modo resta ferma l'inderogabilità della disciplina sanzionatoria prevista dal legislatore — il che è di per sé un bene, ovvio — la protezione contro la discriminazione, diretta e indiretta, connessa o meno a matrimonio, gravidanza e adozione, congedi parentali, risulta espressamente qualificata come “eccezione”. Le parole hanno un peso, e questa ha un peso specifico rilevante, da un punto di vista giuridico (come insegnano i giuristi alle matricole, le eccezioni devono essere rigorosamente interpretate e applicate), ma ancor di più da un punto di vista “mediatico”, per così dire. Certo l'eccezione riguarda donne e uomini, madri e padri, ma di fatto, dati alla mano, sappiamo che riguarda sostanzialmente quasi solo le lavoratrici. Le lavoratrici, già percepite come più “costose” dalle imprese (per i costi diretti e indiretti della maternità e dei congedi, per la minor disponibilità, spesso, a mutamenti e prolungamenti di orari, trasferte e trasferimento, tanto per dire), saranno ancor meno “appetibili” nel mercato del lavoro, perché il loro licenziamento (se connesso a genere e a maternità) comporterà sanzioni forti e costose (reintegrazione o indennità sostitutiva più risarcimento del danno effettivo): quelle sanzioni che potrebbero essere generalmente disconosciute in tutte le altre ipotesi di licenziamento, in forza degli accordi in deroga e che, approvato il ddl, potranno essere disconosciute in molte altre ipotesi di licenziamenti illegittimi (rinvio in proposito alla relazione di M.T. Carinci e all'intervento di Maria Vittoria Ballestrero).

3. La logica sottesa alla riforma Monti Fornero dell'art. 18 è la stessa, in fondo. La tutela forte e piena è stata garantita, si dice, ed in più estesa alle dipendenti di qualunque datore di lavoro: dimenticando, insieme alla Ministro Fornero (ma almeno lei

è un'economista), che già l'art. 3 della l. n. 108/1990 lo prevedeva ...

Solo apparentemente la lettura proposta da M.T. Carinci si muove in senso opposto. Non ho il tempo di spiegare perché non sia corretto, a mio avviso, ritenere che qualunque licenziamento ingiustificato debba essere considerato discriminatorio. Lo ha già fatto Maria Vittoria Ballestrero, portando molti degli argomenti che io stessa avrei addotto; d'altronde, come ci ha ricordato anche Edoardo Ghera, la discriminazione ha una sua definizione nel diritto interno e nel diritto comunitario, e non è sufficiente che manchi la giustificazione del licenziamento perché quel recesso sia qualificabile come licenziamento discriminatorio. Su questo punto di approdo la maggioranza di noi, e più in generale degli interpreti, concorda.

Non sono invece così sicura che tutti traiamo le dovute conseguenze dal punto di partenza, ovvero dalla nozione specifica di discriminazione, e dunque anche di licenziamento discriminatorio (che la Corte di Giustizia riconduce pacificamente alle "condizioni di lavoro", ambito di espressa applicazione del divieto di discriminazione, di genere in particolare).

Se davvero crediamo alla correttezza di quel punto di partenza, allora dobbiamo necessariamente evitare di "appiattare" il licenziamento discriminatorio sul licenziamento altrimenti nullo, ed in particolare dobbiamo evitare di ricondurre il licenziamento discriminatorio all'ipotesi (pur equiparata, nel ddl) del licenziamento per motivo illecito determinante. La constatazione che le due fattispecie siano regolate, sul versante sanzionatorio, alla stessa stregua, non deve indurre a confondere ciò che deve rimanere distinto. Se confondiamo il licenziamento discriminatorio con qualsiasi altro licenziamento dovuto a motivo illecito determinante, "annacquiamo" la discriminazione nel motivo illecito determinante, e imbocchiamo una china pericolosa, che porta ad annacquare, insieme alla fattispecie specifica della discriminazione, anche i suoi specifici strumenti probatori. Così facendo, invece di valorizzare (finalmente) il diritto antidiscriminatorio, lo ignoriamo.

Molti sono gli esempi che si potrebbero presentare in proposito, ma ne presento solo uno, e molto rapidamente: la ripartizione dell'onere probatorio. La parziale inversione, o la sufficienza di una prova *prima facie*, o l'alleggerimento dell'onere — come pre-

ferite qualificarlo — che ci impongono ormai da tempo le direttive UE, così come il nostro diritto interno, in caso di discriminazione di genere non possono essere trascurati neppure in caso di licenziamento.

Non mi pare dunque corretto ritenere — come ritiene Maria Teresa Carinci — che l’agevolazione probatoria (M.T. Carinci usa l’espressione “prova indiretta”, a mio avviso inappropriata e fuorviante) si applichi esclusivamente nelle discriminazioni seriali o di gruppo, mentre nelle altre ipotesi di discriminazione sarebbe richiesta al ricorrente la prova piena. Soprattutto oggi, quando — come auspicava Pietro Ichino ormai molti anni fa — l’impugnazione di un licenziamento potrà avvenire molto più spesso che in passato (per ovvie ragioni di “convenienza”) per discriminazione (di genere in particolare).

E non sarà certo l’infelice formulazione del “recupero” dei licenziamenti discriminatori “presentati” dal datore di lavoro come licenziamenti per giustificato motivo oggettivo — art. 14, comma 7, ultima frase: « Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie (o disciplinari) trovano applicazione le relative tutele » — a limitare l’intervento del giudice o ad indurlo a pretendere la “prova piena” da parte della lavoratrice.

E, si spera, non sarà quella frase a far trascurare al giudice, come agli avvocati, la possibilità di avvalersi di un onere probatorio “alleggerito” anche in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa “dichiarati” dal datore di lavoro, invocando la tutela reintegratoria e risarcitoria piena ogni qual volta il licenziamento sia riconducibile ad un’ipotesi di discriminazione.

GIAMPIERO PROIA

Le relazioni e gli interventi dei *discussant* hanno offerto una riflessione ampia e « *trasversale* » sui cambiamenti in atto nelle diverse aree del diritto del lavoro.

Più che su questi cambiamenti, che sono stati già approfonditamente indagati, il mio intervento intende soffermarsi sul rapporto tra diritto del lavoro e crisi nel suo complesso, per svolgere alcune considerazioni di carattere generale.

È stato detto, mi sembra da Pietro Ichino, che il dibattito scaturito dalle recenti riforme del mercato del lavoro metta in luce il rischio di una « *divaricazione* » tra gli studiosi del diritto del lavoro e la società in cui vivono. Esiste, cioè, il rischio che una reazione esclusivamente critica di fronte a queste riforme, operate da una maggioranza composta anche da partiti *pro labour*, possa essere considerata preconcetta e, comunque, « *chiusa* » ad una necessaria evoluzione che tenga conto dei mutamenti epocali ai quali sono sottoposti i Paesi come l'Italia.

Tuttavia, se questa divaricazione si dovesse effettivamente realizzare, e si rompessero i canali naturali di dialogo attraverso i quali la scienza giuridica può indirettamente contribuire al progresso della legislazione, è da rilevare che la conseguenza non sarebbe semplicemente l'« *isolamento* » della dottrina giuridica, ma anche l'inevitabile, ulteriore, scadimento della qualità del prodotto legislativo.

Nelle leggi più recenti, temo, già si risente della pretesa di basare le riforme su un disegno di razionalità economica, rispetto al quale la tecnica propria del giurista — e la conoscenza del sistema giuridico (nella sua complessa articolazione) — potrebbero essere considerati elementi marginali, se non addirittura inutili accessori.

In questo modo, però, il problema non è solo, e non è tanto, quello che la comunità degli studiosi del diritto del lavoro risulti in qualche modo « *emarginata* » dal processo di costruzione delle

necessarie riforme, quanto piuttosto che queste ultime — anche ove ispirate da condivisibili ispirazioni di fondo — presentino incongruenze di natura tecnica difficilmente giustificabili.

Gli stessi proponenti del disegno di legge governativo, mentre inizialmente presentavano il loro progetto come un elemento fondamentale per agevolare la ripresa dell'occupazione e la crescita dell'economia, oggi tendono correttamente a riconoscere che l'occupazione non si crea per decreto e che la crescita dipende anche e soprattutto da altri elementi.

A me sembra una vera e propria svista avere ritenuto, in questa fase del ciclo economico, che si possa realizzare una sorta di compensazione tra l'introduzione di maggiori rigidità nell'accesso al lavoro e maggiore flessibilità in uscita. Al di là del giudizio che si intenda dare su questo ipotetico scambio, che mi sembra sia stato definito « *malvagio* » da Mario Napoli, mi interessa notare che è uno scambio irrealizzabile, o totalmente squilibrato, poiché i due blocchi di disciplina che intendono realizzare, rispettivamente, maggiore rigidità in entrata e maggiore flessibilità in uscita non sono affatto applicabili nello stesso modo ad una parte importante e prevalente del tessuto produttivo italiano. Sappiamo, infatti, che le piccole imprese, che costituiscono la parte più consistente di questo tessuto, non sono affatto destinatarie delle disposizioni che intendono modificare la flessibilità in uscita, in quanto ad esse non si applica l'art. 18 della l. n. 300/1970. Quindi vi è un grave difetto di fondo dell'impostazione della nuova disciplina, poiché per una larga parte dell'economia, che sta vivendo il culmine di una crisi senza precedenti, viene soltanto aumentata la rigidità in entrata senza alcuna ipotetica compensazione di maggiore flessibilità in uscita.

Del resto, se è vero che i lavori parlamentari di cui si ha conoscenza hanno certamente migliorato il testo originario del disegno di legge con una notevole quantità di modifiche concentrate proprio sulla flessibilità in entrata, è anche vero che determinano un intreccio tra diverse norme o frammenti normativi privi di *ratio* unitaria e tra loro incoerenti.

Basti pensare all'ipotesi, impropriamente definita di contratto a termine « *acausale* », introdotta al secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, che in realtà ricomprende « *causali* » di apposizione del termine già consentite dalla legge (perché corrispondenti a obiettive « *ragioni di carattere tec-*

nico, organizzativo, produttivo e sostitutivo ») assoggettandole però — in difformità rispetto all'obiettivo dichiarato dal legislatore — a condizioni restrittive e limitanti (imponendo, cioè, il vincolo della previa « *autorizzazione* » da parte dei contratti collettivi e il limite quantitativo del 6% dei lavoratori occupati nell'unità produttiva).

Oppure, si consideri la totale distonia delle modifiche apportate alla disciplina del lavoro a progetto, che si muovono oramai lungo due direzioni di marcia irragionevolmente divergenti. Da un lato, infatti, viene operata la scelta di dettare norme volte a rendere il lavoro a progetto inutilizzabile come mero surrogato del lavoro subordinato, tra l'altro stabilendo che l'attività del collaboratore non può essere svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente. D'altro lato, però, in materia di corrispettivo viene introdotto un collegamento con le retribuzioni spettanti ai lavoratori dipendenti, che forse avrebbe avuto un senso per le collaborazioni coordinate e continuative prima della riconduzione alla disciplina del lavoro a progetto, ma che oggi non appare più giustificato se veramente il legislatore ritiene di dover così fortemente differenziare il tipo contrattuale del lavoro a progetto dal tipo contrattuale del lavoro subordinato.

Credo, quindi, che, al di là delle valutazioni di carattere valoriale, la legislazione non possa essere basata sul mero pensiero economico, poiché la traduzione degli obiettivi in norme necessita della tecnica e della conoscenza giuridica, fermo restando che la comunità degli studiosi del diritto del lavoro, a sua volta, non può rinchiudersi in se stessa, ma deve accettare il confronto con i mutamenti del quadro economico che impongono talvolta anche la revisione di architravi e di istituti fondamentali della materia.

MATTEO CORTI

Dalle leggi Hartz alla legge Fornero. Una riforma del lavoro « tedesca »?

Nel mio intervento svolgerò alcune brevi considerazioni ponendomi dal punto di vista di un ordinamento europeo, quello tedesco, più volte chiamato in causa durante il dibattito che ha accompagnato l'elaborazione della legge Fornero per giustificare talune soluzioni (penso *in primis* alla riforma dell'art. 18, st. lav.): il *Modell Deutschland* è ridiventato di recente molto popolare, in quanto la Germania sta attraversando indenne l'attuale crisi economico-finanziaria, mentre quasi tutti i Paesi dell'Unione europea vivono un drammatico aumento della disoccupazione e si avvitano in una spirale di tagli della spesa sociale e recessione. Prima di entrare nel vivo di queste brevi riflessioni, tuttavia, voglio complimentarmi con tutti e tre i relatori, e le mie parole non sono di circostanza, ma assolutamente sentite: pur trovandosi di fronte a provvedimenti normativi nuovissimi o addirittura *in itinere*, sono comunque riusciti a offrire contributi che già permettono di collocare proficuamente lo *ius novum* nei più ampi contesti sistematici di riferimento.

Sarebbe stato bello poter esprimere qualche pensiero su tutte e tre le relazioni, ma mi trovo a dire qualcosa soltanto su quella di Maria Teresa Carinci, che ho molto apprezzato. In particolare, l'interpretazione che offre del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori è molto suggestiva, anche se mi pare piuttosto difficile che possa affermarsi nel diritto vivente. Benché il testo sia scritto piuttosto male e si possa prestare anche a interpretazioni totalmente divergenti (1), è stato correttamente rilevato nel dibattito

(1) V. l'intervento di Maria Vittoria Ballestrero, che contrappone le posizioni « riduzionistiche », come quella di Maria Teresa Carinci (ma anche Mario Napoli propende per

che l'esegesi offerta da Carinci, nella misura in cui attinge un ambito di applicazione della tutela reale non molto diverso da quello determinato dall'art. 18 attualmente vigente, contrasta con la volontà storica del legislatore, peraltro ben chiaramente esplicitata (2). La relatrice si sofferma, poi, soprattutto nella parte finale della sua bella relazione, sul problema se la riforma Fornero sia in grado di rispondere alle sfide per le quali è stata elaborata, ed esprime dubbi fondati e condivisibili: l'enfasi sulla flessibilità numerica appare del tutto fuori luogo per un'economia che non voglia limitarsi a puntare sui tagli del costo del lavoro, mentre la flessibilità temporale e funzionale, che appare elemento chiave del successo del modello tedesco, non è per nulla incentivata dal nuovo quadro normativo, e, comunque, potrebbe essere efficacemente perseguita anche *de iure condito*.

Per una utile chiave interpretativa di quanto sta avvenendo nel nostro Paese mi sembra che si possano richiamare alcune teorie di sociologia economica, che trovano le proprie radici nelle opere di Wolfgang Streeck, già negli anni '90 rielaborate in Italia da Marino Regini: si tratta delle teorie relative alla *high road* e *low road* alla competitività (3). Secondo queste ricostruzioni alcuni Stati intraprendono una via alta alla competitività, che abbina salari elevati e buone condizioni di lavoro a produzioni sofisticate e di qualità, mentre altri invece si attardano in una via bassa, nella quale a produzioni massificate con scarso valore aggiunto corrispondono cattive condizioni di lavoro e livelli retributivi generalmente bassi. È necessario chiedersi, anche Maria Teresa lo fa, quale via stia imboccando il nostro Paese con la riforma Fornero.

Vorrei provare ad abbozzare una risposta tratteggiando un rapido schizzo di quelle riforme Hartz che l'ordinamento tedesco ha intrapreso all'inizio del decennio 2000 e secondo un'opinione piuttosto diffusa hanno permesso alla Germania di incrementare

una lettura continuista), a quelle razionalizzanti, sostenute da giuslavoristi come Pietro Ichino e Arturo Maresca.

(2) Cfr., in particolare, l'intervento di Pietro Ichino.

(3) Ho approfondito il pensiero di Streeck e di altri autori che si inquadrano nell'ambito delle teorie sulla varietà dei capitalismi in M. CORRI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, 321 ss., cui mi permetto di rimandare anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

notevolmente la propria competitività (4). La domanda a cui vorrei tentare di rispondere è dove si collocano queste riforme, se, in particolare, sono simili a quelle che vengono proposte con la riforma Fornero oppure no. Qui vorrei premettere solo una nota di metodo, e poi vado subito al merito. Le riforme Hartz non sono piombate sulla testa dei tedeschi dal cielo: l'allora Governo di coalizione tra socialdemocratici e verdi, guidato dal cancelliere Gerhard Schröder, formò nel febbraio 2002 una commissione, di cui facevano parte rappresentanti dei datori di lavoro e sindacalisti, esperti, giuristi e politici, presieduta da una personalità di indubbio prestigio, Peter Hartz, appunto, che era stato in precedenza membro del consiglio di direzione di Volkswagen. La commissione ricevette l'incarico di condurre un'analisi approfondita delle cause dell'elevata disoccupazione tedesca e di proporre riforme volte a rimuovere gli ostacoli che si frapponevano alla crescita occupazionale. Una buona parte di quelle proposte fu tratta rapidamente in testi di legge e approvata in quattro tornate, tra il novembre 2002 e il dicembre 2003 (leggi Hartz I-IV, per l'appunto). Questo *modus operandi* è già a colpo d'occhio molto lontano dal metodo con cui è stata condotta la riforma Fornero: alla discussione con le parti sociali, che pure c'è stata, e anche animata, non è stato portato alcuno studio serio e circostanziato sull'impatto economico e occupazionale della nostra legislazione lavoristica, ma ci si è piuttosto fermati ai luoghi comuni e agli slogan, cosicché ben presto sul banco degli imputati è finito, senza troppa fantasia, l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Ma passiamo al merito: qui le differenze tra le riforme precognizzate nella legge Fornero e quelle effettuate in Germania dal Governo rosso-verde guidato da Schröder appaiono ancora più macroscopiche. Occorre, anzitutto, ricordare che le riforme Hartz non

(4) Sulle riforme Hartz v., tra gli altri, S. SPATTINI, *La riforma del mercato del lavoro tedesco: il rapporto della Commissione Hartz*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 684 ss.; T. BLANKE - W. DÄUBLER - K. J. BIEBACK - D. SCHIEK, *Die Hartz-Reformen. Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht*, in *Kritische Justiz*, 2003, 2 ss.; U. RUNGALDIER, *La riforma del lavoro nel panorama comparato: l'esperienza tedesca e austriaca*, in *Lav. giur.*, 2004, spec. 945 ss.; R. KONLE SEIDL - W. EICHHORST - M. GRIENBERGER ZINGERLE, *Activation Policies in Germany: From Status Protection to Basic Income Support*, in W. EICHHORST - O. KAUFMANN - R. KONLE SEIDL (eds.), *Bringing the Jobless into Work? Experiences with Activation Schemes in Europe and the USA*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2008, 17 ss.; A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche del lavoro in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, 2013, in corso di pubblicazione.

sono state le prime a interessare il Diritto del lavoro in Germania a seguito del ritorno al potere dei socialdemocratici verso la fine degli anni '90 del secolo scorso: le prime riforme del Governo Schröder non sono riforme di flessibilizzazione, anzi, per certi versi irrigidiscono l'uso della forza lavoro. Ci fu, anzitutto, un'importante riforma dei contratti a termine: accanto alla codificazione di una giurisprudenza creativa che consentiva l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato soltanto in presenza di una ragione oggettiva (*sachlicher Grund*), la legge intervenne a impedire la ripetizione del contratto a termine privo di causale con lo stesso datore di lavoro (5). Contestualmente fu rivista anche la disciplina del lavoro a tempo parziale, addirittura introducendo, a determinate condizioni, un vero e proprio diritto soggettivo alla conversione del contratto a tempo pieno in part-time (6): insomma, riforme che difficilmente possono essere definite di « flessibilizzazione ». Nel 2001, poi, fu attuata un'importante riforma della cd. cogestione d'azienda (*betriebliche Mitbestimmung*), sulla quale, purtroppo, non mi posso soffermare: basti però anche qui rilevare che fu facilitata la costituzione dei consigli d'azienda e ne furono ampliati i poteri, anche di codecisione, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro (7).

Alla fine del 2002, quindi, cominciarono le riforme Hartz. Su che cosa si sono incentrate? Sul Diritto del lavoro? Solo marginalmente. È vero che si assiste a una liberalizzazione del lavoro interinale (Hartz I) (8), ma non si deve dimenticare che in Germania l'agenzia può assumere lavoratori a termine per inviarli in sommi-

(5) Per maggiori dettagli v. M. CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in M. NAPOLI - A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 189 ss.

(6) Purché il datore di lavoro occupi più di 15 dipendenti e alla conversione non ostino ragioni aziendali (*betriebliche Gründe*): cfr. W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz. Leitfaden für Arbeitnehmer*, Rowohlt, Hamburg, 2009, 977 ss.

(7) Su questa riforma v. A. FONTANA, *Verso la riforma del Betriebsverfassungsgesetz*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 233 ss.; W. DÄUBLER, *La riforma della legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 621 ss.; M. WEISS, *La cogestione in Germania: una recente modifica*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 643 ss. Per una ricognizione aggiornata sul funzionamento della cd. cogestione a livello d'azienda v. M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, cit., 127 ss.

(8) In particolare con l'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato: cfr. W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz. Leitfaden für Arbeitnehmer*, cit., 1007.

nistrazione soltanto in presenza delle stesse ragioni oggettive che giustificano in via generale la stipulazione di contratti a termine: esistenza di compiti di durata determinata, sostituzione di lavoratori assenti, speciale natura della prestazione, svolgimento del periodo di prova, e così via (9). Se si aggiunge che i contratti collettivi dei lavoratori interinali possono derogare al principio di parità di trattamento e prevedere una retribuzione del medesimo importo per i periodi di occupazione e per quelli di disponibilità, si comprende perché le agenzie tedesche per lo più stipulano contratti a tempo indeterminato con i lavoratori da inviare in somministrazione, piuttosto che contratti a termine.

Le riforme Hartz non hanno inciso sulla protezione dei lavoratori tedeschi contro i licenziamenti. Tuttavia, un provvedimento della fine del 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*), non inserito nel pacchetto di leggi Hartz, ha modificato la disciplina di tutela contro i licenziamenti contenuta nel *Kündigungsschutzgesetz*: l'intervento, peraltro, è stato assai contenuto (10). La soglia numerica oltre la quale nell'unità produttiva si applica la legge di tutela contro i licenziamenti è salita da 5 a 10 lavoratori: tuttavia, se si pone mente al fatto che in Germania dominano le imprese di grandi dimensioni, il cambiamento non è stato sicuramente rivoluzionario. Altri ritocchi, certo da non sottovalutare, ma nemmeno da enfatizzare, riguardano l'esplicitazione dei criteri di

(9) In particolare, se l'agenzia stipulasse un contratto a termine con il lavoratore di durata coincidente con la missione, finirebbe per spostare il rischio d'impresa su quest'ultimo, cosa inammissibile secondo l'opinione prevalente: cfr. W. DÄUBLER, *op. ult. cit.*, 1015.

(10) Su questa legge e, più in generale, sulla disciplina tedesca di tutela contro i licenziamenti v. M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 365 ss. Nella parte terza della rivista è possibile leggere anche il testo integrale del *Kündigungsschutzgesetz*, nella traduzione italiana a cura di M. BORZAGA (93 ss.).

La riforma dei licenziamenti contenuta nella legge Fornero, per la realizzazione della quale vi sono state indubabilmente pressioni da parte delle istituzioni europee, ha stimolato una riflessione dottrinale sul quadro comparato: v., per es., L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 661 ss.; R. SANTAGATA, *La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale*, in *WP CSDLE « Massimo D'Antona » int.*, 96/2012. Con riferimento all'inquadramento della tutela contro i licenziamenti nel diritto dell'Unione europea v. G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 619 ss.

scelta nel caso di licenziamenti collettivi (anzianità di servizio, età, carichi di famiglia, eventuali handicap del lavoratore) (11) e l'unificazione in 3 settimane del termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento, prima differenziato in ragione della natura del vizio: l'obiettivo perseguito era con tutta evidenza un incremento della certezza giuridica per il datore di lavoro recedente (12).

Una modifica più significativa è stata introdotta con l'esplícita finalità di ridurre il contenzioso. Il datore di lavoro che recede per un motivo inerente l'attività aziendale (*betriebsbedingte Kündigung* — che in larga parte coincide con il nostro giustificato motivo oggettivo) può offrire al lavoratore un'indennità risolutoria (*Abfindung*) di importo non inferiore a 0,5 mensilità per anno di anzianità aziendale. Se il lavoratore accetta l'offerta, rinuncia contestualmente all'impugnazione del licenziamento, che in questo modo diventa intangibile. Si deve peraltro sottolineare che, per un verso, la disciplina dell'indennità risolutoria non si estende ai licenziamenti disciplinari, per l'altro, il lavoratore rimane sempre libero di rifiutare l'offerta semplicemente impugnando giudizialmente il recesso datoriale nel termine di decadenza di 3 settimane: in questa evenienza si applicherà la disciplina consueta contenuta nel *Kündigungsschutzgesetz*. Per il resto, la disciplina tedesca dei licenziamenti è una delle più stabili d'Europa, essendo rimasta quasi invariata dal 1969: essa, peraltro, non è affatto flessibile come talora si favoleggia, essendo imperniata, come la disciplina italiana del recesso nell'ambito di applicazione della tutela reale, su presupposti legali (disciplinari, di carattere oggettivo o legati alla persona del lavoratore) la cui assenza comporta, in linea di principio, l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) del licenziamento.

Qui occorre sfatare un altro mito che circola di questi tempi

(11) In più, si specifica meglio rispetto alla disciplina previgente che il datore di lavoro può escludere dal novero dei lavoratori selezionati per il licenziamento quelli per i quali vi sia un interesse aziendale giustificato alla continuazione del rapporto, in ragione delle loro competenze o del loro rendimento, o per assicurare un'equilibrata composizione del personale aziendale. Qualora le modalità di applicazione dei criteri di scelta siano stabilite in un contratto collettivo o in una pattuizione con il consiglio d'azienda, il sindacato giudiziale è limitato al caso di errore grossolano (*grobe Fehlerhaftigkeit*).

(12) Cfr. M. CORTEI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, cit., 381-383.

nell'ambiente politico italiano, ma talora tracima anche in qualche contributo dottrinale, e precisamente quello secondo il quale il nuovo art. 18 confezionato dalla riforma Fornero starebbe introducendo in Italia un modello di tutela contro i licenziamenti improntato all'esempio tedesco. Si tratta di semplici assonanze: ma vi è di più, dopo la riforma Fornero le leggi di tutela contro i licenziamenti dei due Paesi saranno assai meno simili. La circostanza che nell'ordinamento tedesco il giudice, pur avendo riscontrato l'assenza del presupposto legale e la conseguente inefficacia del licenziamento, possa sostituire la reintegrazione con un'indennità di carattere risarcitorio è per lo più richiamata a sproposito dagli osservatori nostrani. Questa facoltà è rigorosamente inquadrata dalla legge e dalla giurisprudenza della corte federale del lavoro. Il giudice può decidere in questo senso, su richiesta motivata del datore di lavoro, soltanto quando la collaborazione delle due parti non possa essere più proficuamente ripresa: ma si tratta per lo più di ipotesi nelle quali il lavoratore, con il suo comportamento successivo al recesso, ha di fatto reso impossibile la prosecuzione del rapporto, mentre ogni comportamento ostruzionistico datoriale è severamente scoraggiato mantenendo fermo l'obbligo di reintegrazione (13). Del resto, la giurisprudenza della corte federale del lavoro sottolinea con frequenza che un'eccessiva larghezza dei giudici nel concedere al datore la possibilità di risolvere il rapporto con il versamento dell'indennità risarcitoria recherebbe un *vulnus* irreparabile al principio della continuità del rapporto illegittimamente interrotto, che invece è considerato la regola nel *Kündigungsschutzgesetz* (14).

Il nuovo art. 18 è sul punto assai meno lineare: per un verso (licenziamento disciplinare illegittimo), stabilisce puntualmente i

(13) Cfr., anche per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, M. CORTI, *op. ult. cit.*, 376; K. THIES, § 9 *Kündigungsschutzgesetz*, in M. HENSSELER - H. J. WILLEMSSEN - H.-J. KALB (hrg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, Verlag O. Schmidt, Köln, 2012, 2555-2556.

(14) V., per es., *Bundesarbeitsgericht* (corte federale del lavoro — di seguito: BAG) 23 giugno 2005, par. 20, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2006, 363, che proclama senza mezzi termini che « *Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz* » (la legge di tutela contro i licenziamenti è anzitutto un provvedimento che garantisce la stabilità reale, e non la corresponsione di una mera indennità); nello stesso senso più di recente BAG 24 marzo 2011, 2AZR 674/09, par. 20, consultata su www.bundesarbeitsgericht.de.

casi in cui il giudice deve ordinare la reintegrazione (salvo poi lasciare pericolosamente nell'incertezza quelli in cui invece il giudice « deve » condannare il datore al pagamento della sola indennità risarcitoria), per altro verso (licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo), attribuisce al giudice la facoltà di disporre, quando il fatto addotto a fondamento del recesso sia « manifestamente insussistente », in via alternativa la condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria o la reintegrazione, ma si « dimentica » di inquadrare in alcun modo questa discrezionalità.

Ma se la disciplina del rapporto di lavoro è stata oggetto di interventi assai limitati da parte delle riforme Hartz e di quelle coeve, e non tutte le misure si sono mosse nella direzione di una maggiore flessibilità, allora dove si è cambiato nell'ordinamento tedesco? La vera e propria rivoluzione si è realizzata nella disciplina degli ammortizzatori sociali e dei servizi per l'impiego (15).

In precedenza l'indennità di disoccupazione, che sostituisce il 60% del reddito pregresso (il 67% se si abbiano figli a carico), poteva durare molto a lungo, potendo raggiungere, a determinate condizioni, quasi i tre anni (16). Benché il tasso di sostituzione sia rimasto invariato, il periodo di percezione è stato severamente potato: nella riforma iniziale era fissato in 12 mesi, salvo per i lavoratori ultracinquantacinquenni, per i quali poteva arrivare fino a 18 (17). Successivamente, ma quando il mercato del lavoro aveva già dato segni di confortante ripresa, il periodo massimo di durata è stato rivisto: oggi per i lavoratori più anziani con lunghi *scores* contributivi alle spalle può arrivare fino a due anni (18). Il cam-

(15) Per un'accurata analisi delle più recenti riforme tedesche nell'ambito dei servizi per l'impiego, degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive v. A. SARTORI, *op. cit.*, che inquadra tali sviluppi nell'evoluzione pluriennale del *welfare state* tedesco. Sull'attuale gestione del mercato del lavoro tedesco v. anche M. FUCHS, *Le politiche attive del lavoro nella Repubblica federale tedesca*, in C. LAGALÀ - M. D'ONGHIA, *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa*, Ediesse, Roma, 2010, 167 ss.

(16) Più precisamente 32 mesi per chi avesse compiuto 57 anni e possedesse un'anzianità contributiva di 64 mesi. In effetti, la rigorosa applicazione del principio assicurativo implicava che, fermi i limiti massimi di fruizione stabiliti per legge, il periodo di godimento dell'indennità non potesse in nessun caso superare la metà dell'anzianità contributiva vantata dal disoccupato.

(17) Ma soltanto se il disoccupato aveva alle spalle un'anzianità contributiva di almeno 36 mesi.

(18) In particolare, il disoccupato ultracinquantacinquenne con 30 mesi di anzianità

biamiento, tuttavia, è stato ancora più marcato per chi ha esaurito il periodo massimo di fruizione dell'indennità di disoccupazione: mentre prima in questa evenienza, purché versasse in stato di bisogno, percepiva un'indennità legata al reddito piuttosto generosa (il tasso di rimpiazzo era fissato al 53% del reddito pregresso, che saliva al 57% in caso di figli a carico), che durava praticamente *sine die* (19), Hartz IV per questa eventualità contempla soltanto l'assistenza sociale (*Arbeitslosengeld II*), di certo meno attraente, benché quasi paradisiaca se confrontata con gli standard italiani (20). Questa sensibile diminuzione delle erogazioni per il sostegno al reddito dei disoccupati è stata accompagnata da un'accresciuta condizionalità: gli obblighi dei percettori di strumenti di sostegno al reddito sono stati incrementati non soltanto sulla carta, e ciò pure dopo le riforme Hartz, ma si è posta particolare enfasi anche sull'attuazione delle misure sanzionatorie previste nel caso di mancata collaborazione dei disoccupati con i centri per l'impiego (21).

Un rivolgimento altrettanto marcato ha investito i servizi per l'impiego, che del resto erano al centro dell'incarico che il Governo Schröder attribuì alla Commissione Hartz: infatti, era stato proprio uno scandalo legato a un conteggio « cosmetico » del numero

nità contributiva ha diritto di percepire l'indennità di disoccupazione per 15 mesi, che diventano 18 se lo *score* contributivo raggiunge i 36 mesi; il disoccupato di 58 anni che abbia un'anzianità contributiva di almeno 48 mesi ha diritto di percepire l'indennità per 2 anni. V. U. FREUNDENBERG, *Das Arbeitsförderungsrecht*, in J. BRAND, *Praxis des Sozialrechts*, Verlag Beck, München, 2011, 61.

(19) Si trattava di *Arbeitslosenhilfe*: cfr. R. KONLE SEIDL - W. EICHHORST - M. GRIENBERGER ZINGERLE, *op. cit.*, 19-20.

(20) *Arbeitslosengeld II* è un sussidio di carattere assistenziale, dunque *means tested*, che spetta a tutti coloro che abbiano esaurito il diritto all'indennità di disoccupazione oppure, più semplicemente, pur essendo abili al lavoro, non riescano a trovare un'occupazione. Il sussidio, ricalcolato annualmente in ragione dell'evoluzione dei redditi e del costo della vita, ammonta per il 2012 a 374 euro per i *singles*, a 337 euro per ciascuno dei componenti una coppia maggiorenne; per i figli spetta un sussidio che va da 219 a 299 euro secondo l'età. Le spese per alloggio e riscaldamento vengono saldate dagli uffici secondo il loro importo effettivo dietro presentazione della relativa documentazione, purché non siano eccessive; prestiti o contributi speciali possono essere concessi per l'acquisto *ex novo* di mobiglio e vestiti, nonché per l'acquisto o manutenzione di apparecchi terapeutici. Cfr. M. FUCHS, *op. cit.*, 179 ss.; D. WASCHULL, *Existenzsicherungsrecht|Sozialhilferecht*, in J. BRAND, *op. cit.*, 197 ss.

(21) Cfr. M. FUCHS, *op. cit.*, 167 ss.; A. SARTORI, *op. cit.*

dei disoccupati da parte dell'Ufficio federale del lavoro (cd. scandalo del *placement*) a indurre la compagine governativa al varo di una commissione di riforma del mercato del lavoro (22). Le novità hanno toccato tanto la struttura dell'Ufficio federale del lavoro, trasformato in agenzia (*Bundesagentur für Arbeit*) e profondamente sburocratizzato (23), quanto il campionario di politiche attive che esso può promuovere, completamente rinnovato dalle leggi Hartz e in seguito continuamente aggiornato, anche con tagli e razionalizzazioni, a seguito di sistematici processi di valutazione di efficacia ed efficienza (24).

Anche sotto questi profili, ahimè, non è possibile riscontrare una grande sintonia tra la legge Fornero e le riforme Hartz. Per quanto riguarda il sostegno al reddito dei disoccupati, la direzione intrapresa dalla legge è nel complesso condivisibile (e, nonostante alcuni rilievi su punti specifici, lo riconosce anche Enrico Gragnoli): del resto, si va nella direzione di un'armonizzazione e uniformazione che risponde a elementari esigenze di equità, e, anzi, è veramente scandaloso che questa riforma non sia stata fatta decenni fa. Mi sento, invece, di esprimere un giudizio totalmente negativo (ma una severa critica è risuonata anche nella relazione di Enrico Gragnoli) per quanto riguarda la « mancata » riforma della CIGS, questa, per la verità, tutta da attribuirsi alla granitica opposizione del sindacato: in nessun Paese europeo esiste un ammortizzatore sociale per la disoccupazione parziale con un periodo di fruizione potenziale così lungo (3 anni su 5). Eccetto in caso di crisi sistemiche, il *Kurzarbeitergeld*, la cassa integrazione tedesca, può essere erogato per una durata non superiore ai 6 mesi (25). Mediante ammortizzatori sociali in deroga e CIGS l'Italia ha mantenuto in vita per troppo tempo produzioni obsolete o comunque non più concorrenziali con effetti di spreco di risorse e di ostacolo

(22) Cfr. A. SARTORI, *Ruolo degli attori sociali nei servizi per l'impiego in Europa*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1236.

(23) Cfr. A. SARTORI, *op. ult. cit.*, 1236-1238.

(24) V. in estrema sintesi U. FREUNDENBERG, *op. cit.*, 75-76; assai più in dettaglio A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche del lavoro in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, cit.

(25) Cfr. U. FREUNDENBERG, *op. cit.*, 74-75. Più in dettaglio sull'istituto v. A. SARTORI, *op. ult. cit.* Durante la gravissima crisi economica cominciata alla fine del 2008 il Governo si è valso della possibilità offerta dalla legge di prorogare la durata massima di erogazione del *Kurzarbeitergeld* fino a 24 mesi (nel 2009), scesi poi a 18 (2010) e a 12 (2011), per tornare a 6 nel 2012.

alla mobilità dei lavoratori verso produzioni più efficienti e competitive, o semplicemente più moderne, molto superiori a quelli che taluni economisti e giuristi attribuiscono, senza alcun fondamento empirico, all'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

Pur senza aumenti di spesa, improponibili nell'attuale congiuntura economica, la riforma Fornero avrebbe avuto un contenuto più teutonico se avesse ridimensionato la CIGS, utilizzando una parte delle risorse oggi colà indirizzate per l'edificazione di un sistema di assistenza sociale dei disoccupati e inoccupati abili al lavoro e in stato di bisogno, imperniato sul diritto soggettivo perfetto a un reddito minimo di inserimento e subordinato alla ricerca attiva di un'occupazione e alla disponibilità a partecipare a programmi di politica attiva del lavoro. Qui non posso che condividere le opinioni espresse sul punto da Enrico Gragnoli, sulla cui bella relazione, tuttavia, non ho il tempo di soffermarmi ulteriormente.

La legge Fornero è lontana dalla Germania anche per quanto riguarda le politiche attive e i servizi per l'impiego. Tutti quanti siamo d'accordo che su questo punto la legge non fa moltissimo: si accresce la condizionalità, si stabiliscono livelli minimi di servizio, ma si rimandano poi ulteriori interventi a un decreto delegato e, soprattutto, non si stanziavano risorse. Ma un servizio efficiente non si può costruire « a costo zero »! Ancora una volta l'Italia preferisce dirottare le scarse risorse disponibili verso le politiche passive, confermando come la cultura delle politiche attive del lavoro rimanga confinata ad alcune esperienze regionali di eccellenza, ma che coprono una parte molto piccola del nostro Paese (26). L'ordinamento tedesco ci insegna che si dovrebbe fare diversamente e molto di più.

Mi avvio alla conclusione: che indicazioni si possono trarre da questo confronto tra le riforme Hartz, che hanno gettato le basi del nuovo miracolo tedesco, e la riforma Fornero? La mia opinione è che l'Italia sta seguendo una strada non dico sbagliata, ma forse inutile, in ogni caso assai lontana da quella intrapresa in Germa-

(26) Sulle politiche attive del lavoro regionali mi permetto di rimandare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a M. CORTI, *Le politiche attive del lavoro regionali*, in M. NAPOLI - A. OCCHINO - M. CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098 c.c.*, P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, 88 ss.

nia nel primo decennio del nuovo secolo. Temo purtroppo che non sia nemmeno una *high road* alla competitività: di quest'ultima fa parte indubitabilmente anche la partecipazione dei lavoratori, ma pure qui la legge Fornero appare timida e rinunciataria (27). Si procede con una delega che preconizza futuri sistemi aziendali di partecipazione, da instaurarsi con contratto collettivo, affidando alle parti sociali il compito di optare per un coinvolgimento di tipo istituzionale, economico o anche per un *mix* di entrambi. Ancora una volta non si esce dalla via volontaristica, che, tuttavia, nel nostro Paese ha già dimostrato di avere moltissimi limiti. In Germania i lavoratori non hanno bisogno del *placet* del datore di lavoro per costituire il consiglio d'azienda, dotato di estesi poteri di codecisione, né è l'assemblea degli azionisti a decidere se nel consiglio di sorveglianza ci sarà o meno una rappresentanza dei lavoratori (la cd. cogestione societaria). Si tratta di diritti dei lavoratori che giustamente non sono in discussione e, secondo le più recenti analisi di economisti e sociologi dell'economia, hanno reso un servizio positivo alla competitività dell'economia tedesca (28).

(27) Ho argomentato meglio questa mia convinzione in M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, cit., 327 ss.

(28) Cfr. ancora M. CORTI, *op. ult. cit.*, 321 ss.

CARLO CESTER

Mi voglio complimentare con tutti e tre i relatori per le relazioni veramente approfondite e stimolanti, ma qualche osservazione particolare la vorrei fare soprattutto sulla relazione di Maria Teresa Carinci. Devo dire che anch'io sono rimasto un po' perplesso di fronte a questa alternativa secca che la relatrice ha proposto, alternativa per la quale o il licenziamento è giustificato o deve ritenersi discriminatorio. Ciò sulla base delle ragioni che sono già state indicate: in fondo, la tutela discriminatoria resta pur sempre una tutela circoscritta e di tipo tassativo; certo molto ampia, vista la molteplicità dei fattori di discriminazione via via considerati dal legislatore, ma pur sempre tassativa, come anche recentemente ha precisato la giurisprudenza di legittimità (ma non mancano anche talune prese di posizione della Corte di Giustizia europea). Non è un caso, del resto, che il legislatore abbia tenuto distinte le fattispecie riconducibili alla discriminazione rispetto a quelle riconducibili al motivo illecito: il motivo illecito, infatti, costituisce una fattispecie aperta, riferendosi a un contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento, mentre il cammino della tutela antidiscriminatoria è più circoscritto, essendo legato alla rilevanza di specifici limiti esterni, a tutela di interessi del prestatore di lavoro muniti di specifica tutela costituzionale. Ma se così è, mi pare difficile negare che tra giustificazione del licenziamento e il suo uso discriminatorio resti una specie di terra di mezzo, nella quale non c'è discriminazione in base ai fattori previsti, ma non c'è neppure giustificazione, perché la decisione del datore di lavoro non è conforme a quelli che sono indicati dal legislatore come i presupposti per la legittimità del licenziamento. Presupposti che, nella visuale di Maria Teresa Carinci sarebbero da considerare cause in senso tecnico: e questo è tutto un altro profilo che sarebbe da approfondire, perché la sovrapposizione fra causa e motivi tipizzati (giustificato motivo, soggettivo e oggettivo) non mi convince. Ed infatti, anche quando manchino i mo-

tivi - presupposti di legittimità, si possono pur individuare interessi del datore di lavoro che lo spingano a realizzare la causa tipica dell'atto (la cessazione del rapporto) senza che il « movente » sia discriminatorio. Sono interessi che si rivelano, come dire, « non giustiziabili » — un lavoratore che non riesce ad adattarsi all'organizzazione, uno scarso rendimento che non si riesce a tradurre in un giustificato motivo, oggettivo o soggettivo che sia ecc. — ma appunto non inquinati dalla discriminazione.

Qualche considerazione su qualche altro punto. La scelta di fondo della riforma, consistente nel graduare le sanzioni in relazione alle ragioni del licenziamento e in relazione anche alla gravità delle ragioni stesse può essere considerata non sbagliata, anche se foriera di non poche complicazioni. Criticabile, però, all'interno di questo criterio, mi sembra l'ulteriore scelta di svalutare le regole di carattere formale (con l'eccezione del licenziamento orale) e procedimentale, stabilendo per la loro violazione una sanzione assai blanda, là dove invece sono in gioco interessi superiori, di civiltà giuridica (per riprendere Corte cost. n. 204/1982), di trasparenza, di contraddittorio; e ciò anche se il nuovo testo dell'art. 18 contiene un meccanismo di recupero, una sorta di clausola di sicurezza, che consente di far comunque emergere, al di là della violazione formale e/o procedimentale, la carenza di giustificazione. Qualche argomento a favore della scelta del nuovo art. 18, tuttavia, non manca. In fondo, la decisione di licenziare basata su ragioni palesemente pretestuose può essere trattata diversamente da quella di licenziare per ragioni fondate e legittime, ma fatte valere con un errore anche leggero di tipo procedurale (come ad esempio l'attribuzione di un termine a difesa di 4 giorni invece di 5); la stessa sentenza n. 427/1989 della Corte costituzionale riguardava un caso nel quale la mancata contestazione dell'addebito si riferiva a insulti rivolti dal lavoratore al proprio datore di lavoro e dal primo ammessi. C'è poi da considerare che la violazione di regole di tipo procedimentale non consuma il potere di licenziare per le stesse ragioni, attraverso la reiterazione del licenziamento, soluzione evidentemente preclusa ove le ragioni sostanziali siano state considerate insussistenti. Certo, il progetto di legge complica e drammatizza e frammenta un po' questa scelta di fondo creando un'infinità di problemi sui quali avremo a lungo da soffermarci, ma l'idea di fondo mi pare che possa in qualche misura ottenere qualche consenso. E non è detto, credo, che questo significhi at-

tribuire tanta discrezionalità al giudice più di quanto il giudice non ne abbia ora. Diceva Alberto Perulli questa mattina che la razionalità teleologica, se mi sono ben annotato, di questa scelta normativa viene ora affidata al giudice, ma in fondo anche oggi il giudice, quando si tratta di decidere se un certo fatto così come valutato giustifica o meno il licenziamento, usa tutta la sua discrezionalità a fronte di una scelta che è drastica in partenza, nel senso che la giustificazione o c'è o non c'è.

Un'ultima considerazione e poi chiudo. Paolo Tosi questa mattina ha ricordato le novità in materia di licenziamenti collettivi, evidenziando come le stesse costituiscano uno degli snodi fondamentali del progetto di legge. Mi riferisco qui al profilo delle due regole di carattere sostanziale: quella che riguarda la sanatoria dell'accordo collettivo e quella che incide sulla questione della contestualità della motivazione. Tosi diceva che il problema vero è quello, perché la gestione delle crisi dei licenziamenti collettivi aveva bisogno di una maggiore flessibilità. Non sono del tutto d'accordo, mi pare che l'esperienza concreta ci dica che in fondo la gestione dei licenziamenti collettivi non è stata una gestione particolarmente difficile. Certo, poi ci sono le impugnative individuali, quando non si riesce a chiudere il cerchio con le conciliazioni individuali inoppugnabili, ma nella sostanza direi che questa gestione delle crisi è stata sufficientemente elastica. Da questo punto di vista allora mi pare che la flessibilità introdotta dal progetto di legge possa suscitare qualche perplessità anche dal punto di vista della conformità al diritto comunitario, perché non dimentichiamoci che l'effettività delle procedure sindacali è uno dei pilastri della normativa comunitaria. Allora, ritenere che sempre e comunque l'accordo sindacale possa sanare i vizi della procedura (concernenti essenzialmente gli obblighi informativi a carico del datore di lavoro) mi pare che sia una scelta pericolosa, a meno che non si interpreti la norma, come mi pare sia corretto e doveroso, nel senso che la sanatoria operi solo con riferimento a quelle carenze di informazione che siano state superate dalla discussione nel corso dell'esame congiunto, mentre ciò non potrebbe avvenire per fatti o vicende non oggetto né di informazione né di discussione successiva. Quanto all'altra ipotesi, quella della comunicazione contestuale (che potrebbe essere interpretata come una complessa e odiosa regola burocratica), essa in realtà incorporava una finalità abbastanza precisa, cioè quella di far mettere al datore di

lavoro sul piatto contemporaneamente i nomi dei lavoratori scelti e i criteri di scelta utilizzati, in modo che la eventuale sfasatura temporale non consentisse degli aggiustamenti in corso d'opera e una specie di adattamento dei criteri comunicati successivamente ai nomi già scelti prima. Questi due interventi di tipo sostanziale francamente mi lasciano non poco perplesso, proprio alla luce della normativa comunitaria.

ORONZO MAZZOTTA

La riforma dei licenziamenti fra economia e diritto.

Per prima cosa, nella mia qualità di membro del direttivo uscente dell'Associazione, devo compiacermi per la scelta dei relatori che hanno introdotto il dibattito con contributi di alto profilo teorico-critico, che, a prescindere dalla condivisione di singole scelte argomentative, si fanno apprezzare per la qualità dell'impegno profuso.

Venendo al merito, non mi soffermerò su aspetti specifici delle relazioni introduttive; cercherò più semplicemente di evocare i temi di fondo che ci stanno accompagnando in queste giornate, andando subito al sodo: è in atto un conflitto fra economia e diritto? Rispondo senza sottilizzare troppo che, a mio avviso, è in realtà in atto un conflitto fra *economisti* e *giuristi*. Da una parte vi sono i fatti economici che *accadono* (le imprese falliscono oppure sono floride) dall'altra vi sono le valutazioni di quei fatti che attengono alle due diverse scienze, quella giuridica e quella economica. La *scienza* è sempre valutativa, la scienza non è mai un fatto. Ciò che è rilevante è che gli scienziati abbiano consapevolezza della *relatività* delle loro affermazioni: questa affermazione dovrebbe costituire lo statuto metodologico minimo di ogni scienza umana.

Se questo è vero mi pare evidente che, da tempo, i giuristi ed i giuristi del lavoro in particolare, hanno acquisito piena consapevolezza della relatività dei loro enunciati. Per converso il dibattito pubblico ci segnala che non sempre gli economisti nutrono una analoga consapevolezza, tendendo piuttosto a presentare la loro scienza come una scienza *oggettiva*. Avrei qualche ragione di riserva su questa affermazione, non fosse altro perché questa oggettività non ha consentito agli economisti di intravedere la grave crisi nella quale siamo precipitati.

Oggi dagli studiosi di economia (e da chi, nel campo del di-

ritto del lavoro, ne raccoglie e ne amplifica le opinioni) ci viene il pressante invito a cambiare l'universo delle regole del lavoro. Ed eccoci qui a discutere della riforma del lavoro del Governo Monti, rispetto alla quale deve valere l'eterno interrogativo circa il ruolo del giurista nei confronti di quanto si svolge nel palazzo della politica: deve essere un mero osservatore o un valutatore *critico* dei risultati, dei prodotti dell'attività politica e del conflitto di interessi che viene composto attraverso la norma di legge? Non vi è dubbio che si tratta di due componenti ineliminabili nel ruolo del giurista. Sennonché il giurista ha soprattutto l'essenziale funzione (si direbbe: la vocazione) di procedere ad una *sistemazione* del nuovo entro la struttura complessiva dell'ordinamento. La scienza giuridica infatti, intanto si accredita come tale, in quanto i dati dell'esperienza giuridica vengono ricomposti in un sistema e tali dati così ricomposti devono poterci fornire un aiuto anche al momento dell'interpretazione del « nuovo ».

Ciò posto è difficile fugare l'impressione che le misure messe in campo dai governi stanno profondamente incidendo sull'assetto della nostra disciplina, ma in un modo che definire incongruo è un eufemismo.

Prendiamo l'art. 8 della l. n. 148/2011. Si tratta di una disposizione che, nell'affidare alla contrattazione collettiva di prossimità amplissimi poteri derogatori (anche rispetto alle norme di legge), può costituire il supporto per ridisegnare surrettiziamente il tipo contrattuale del lavoro subordinato. Può servire cioè a costruire una serie indefinita di sottotipi para-normativi cui può risultare applicabile solo una porzione del diritto del lavoro e, per quel che più conta, al di fuori di una programmazione razionale da parte del legislatore.

Un discorso in parte diverso — ma non troppo — deve farsi con riferimento alla rivisitazione dell'art. 18 dello statuto, che ha assorbito buona parte della nostra discussione.

Qui vengono in gioco i principi fondanti della disciplina e si contendono il campo, da una parte, l'idea che il diritto del lavoro abbia a che fare con i valori della persona e, dall'altra, quella secondo cui esso deve fornire risposte flessibili alle « sfide » del mercato globale. Il primo punto di vista si fonda sui principi fatti propri dalla carta fondamentale (artt. 1, 3, 4, 36, 41 Cost.), la seconda utilizza come strumento euristico la c.d. « *analisi economica del diritto* », che, banalizzando, attribuisce un costo *ai valori* e va-

luta le ricadute delle scelte normative sull'assetto del libero mercato.

La contrapposizione ripropone lo scarto concettuale fra una tutela centrata sulla *proprietà del posto di lavoro* (non a caso l'espressione « reintegrazione » è ripresa dal vocabolario del diritto di proprietà) ed una *tutela risarcitoria*. Ne dovrebbe derivare — per i fautori del « nuovo » — che la tutela reintegratoria mal si ataglierebbe a sanzionare violazioni interne al contratto e valutabili in chiave di inadempimento, che sarebbero da ricondurre piuttosto ad una sanzione di tipo patrimoniale, laddove la tutela reintegratoria in senso forte dovrebbe riservarsi alle sole situazioni in cui sia in gioco un *diritto assoluto della persona*, come avviene nel caso del licenziamento discriminatorio.

A parte il fatto che nella quasi cinquantennale esperienza in materia, il licenziamento discriminatorio è stato ospitato ben poche volte nelle aule di giustizia, alla visuale neo-liberista sarebbe facile contrapporre in primo luogo che per il lavoratore il licenziamento (illegittimo) mette sempre e comunque in gioco un diritto fondamentale della persona, mentre per il datore il medesimo evento mette sempre e comunque in gioco un interesse economico. Inoltre è il « diritto borghese », come si diceva una volta, cioè il codice di diritto privato ad insegnarci che la *restitutio in integrum* (la *tutela in forma specifica*) costituisce la forma *naturale* di reazione all'inadempimento dell'altra parte, mentre il risarcimento dei danni ne rappresenta solo un surrogato.

Se ben si guarda la discussione in atto riedita quella che ebbe corso alla fine del diciannovesimo secolo fra Abello e Barassi, nella ricerca del fondamento del potere di sciogliersi dal rapporto di lavoro. All'idea di Abello che propugnava lo strumento della risoluzione per inadempimento e che quindi ancorava la rottura del vincolo ad una qualche forma di giustificazione del motivo, faceva da contraltare quella (poi vincente) fatta propria da Barassi che riteneva che la tecnica del recesso fosse l'unica che consentiva di salvaguardare l'*insindacabilità* del potere di sciogliersi dal vincolo lavorativo e che considerava una « forma d'inquisizione » ogni ipotesi di controllo sulle ragioni del recesso.

Ma tant'è. Dobbiamo probabilmente prendere atto che la riforma, se non sposa *in toto* una visuale economicistica, è il frutto di un compromesso che sposta l'inerzia della sanzione nei con-

fronti del licenziamento illegittimo verso rimedi di carattere indennitario.

È quindi alla luce di questo presupposto che occorrerà vagliare la collocazione sistematica della nuova disciplina all'interno del *sistema giuridico giuslavoristico* avendo riguardo alla eventuale permanenza di vincoli preesistenti, alla ineludibile opera di razionalizzazione delle (non poche) aporie interne e finalmente alla doverosa rilettura di categorie tradizionali quali nullità, annullabilità, inefficacia, con significati ed esiti non sempre (anzi: quasi mai) coincidenti con i paradigmi classici. Il tutto mentre, sullo sfondo, si agita la questione centrale del ruolo del giudice, cui la riforma cerca di sottrarre spazi di sovranità rispetto alla valutazione delle « norme generali » nelle quali si fanno usualmente consistere le ragioni del licenziamento.

FRANCESCA MARINELLI

Vorrei focalizzare la vostra attenzione sulla prima parte della relazione di Maria Teresa Carinci, quella che riguarda la flessibilità in entrata.

Com'è noto, il disegno di legge in discussione in Parlamento (1) intende, tra le altre cose, proprio contrastare l'abuso di tale flessibilità. È ormai a tutti chiaro, infatti, che la politica dell'ultimo decennio, volta ad introdurre tipologie contrattuali di lavoro prive di una chiara specializzazione funzionale, ha di fatto autorizzato le imprese ad effettuare un vero e proprio « shopping contrattuale » alla ricerca del modello più conveniente, rendendosi così complice di quell'uso improprio della flessibilità che è ormai sotto gli occhi di tutti.

Maria Teresa Carinci e Maria Vittoria Ballestrero sono entrambe scettiche sull'effettiva incisività del ddl sul punto e — a mio avviso — non a torto, perché il testo in discussione, a ben vedere, non sembra seguire l'unica “ricetta” dall'esito certo, cioè quella di lasciare in vita le sole forme contrattuali sorrette da specifiche ragioni funzionali. Se questo è vero con riguardo alla normativa concernente le tipologie contrattuali flessibili, non lo è però, se guardiamo a quello strano tipo di “lavoro senza contratto” chiamato — o almeno così si ostinano a considerarlo i più — lavoro occasionale di tipo accessorio e che, a dispetto del nome, accessorio proprio non sembra, se si considera sia la sua diffusione (dai dati risulta che negli ultimi tre anni sono stati venduti in Italia più di 20 milioni di buoni di lavoro), sia il suo ambito di applicazione (negli ultimi sette anni sono stati ben sei i decreti legge, poi convertiti, varati con lo specifico intento di dilatare l'istituto).

La bizzarra costruzione giuridica, volta a far emergere alcuni

(1) L'intervento è stato svolto mentre era in discussione il disegno di legge di riforma del mercato del lavoro che poi sarebbe diventato la l. 28 giugno 2012, n. 92.

redditi percepiti *una tantum* da soggetti a rischio di esclusione sociale come compenso per prestazioni di lavoro volte al piccolo aiuto familiare o dal rilevante impatto sociale, è stata trasformata, infatti, in qualcosa d'altro.

Se in origine il lavoro accessorio poteva essere svolto solo per periodi non superiori a un mese o comunque forieri di compensi nel limite di tremila euro annui, indipendentemente dal numero di beneficiari della prestazione, oggi l'istituto può essere svolto da qualsiasi soggetto (disoccupato, inoccupato, lavoratore autonomo subordinato full-time o part-time) nell'ambito di un ventaglio di attività molto ampio, persino a favore di imprese ed enti pubblici e, addirittura, in qualunque settore produttivo qualora si tratti di lavoratori part-time o di giovani con meno di 25 anni iscritti ad un ciclo di studi universitario. Non solo: il limite temporale dei 30 giorni è stato eliminato, il tetto dei tremila euro annui è stato elevato a cinquemila ed infine, e si tratta a mio avviso della modifica più importante, tale tetto di guadagno è riferito oggi a ciascun beneficiario.

Come dire, a suon di decretazione d'urgenza il lavoro occasionale accessorio ha subito una mutazione genetica tale da apparire attualmente come un pericoloso *competitor* rispetto ai cosiddetti contratti flessibili, privo com'è, ormai, di una propria specificazione funzionale a causa di una *irragionevole* dilatazione del suo ambito di applicazione.

Che il risultato sia collocabile nel solco della « flessibilità cattiva », come la chiama la professoressa Ballestrero, pare ovvio nel momento in cui si rammenta che la prestazione occasionale accessoria è esente, da un lato, da qualunque disciplina lavoristica, eccetto che in materia di sicurezza, e questo, si badi bene, indipendentemente dalla natura subordinata o autonoma dell'attività svolta, e dall'altro, da qualsiasi imposizione fiscale, perché — è bene ricordarlo — le trattenute rilevano ai soli fini previdenziali e assicurativi.

Del resto, il segno dell'importanza che ha assunto il lavoro occasionale accessorio nel nostro mercato del lavoro lo si può scorgere dai lavori parlamentari, se solo si pensa che il numero di emendamenti presentati all'art. 11 del ddl, che intende intervenire sull'istituto al fine di restringerne nuovamente il campo di applicazione, è stato solamente di poco inferiore al numero degli emendamenti presentati all'art. 8 riguardante il lavoro a progetto.

Alla luce di quanto detto, le critiche mosse al ddl con riguardo a tale operazione non mi sembrano condivisibili. L'intenzione del governo di far retrocedere il lavoro occasionale accessorio — anche se non proprio per ricollocarlo nell'alveo originario — deve infatti essere registrata come una decisa virata nella direzione della cosiddetta *flessibilità buona*.

Formulo alcune osservazioni molto brevi sulle tre relazioni, tutte molto belle.

A partire innanzitutto dal concetto di crisi. Si sono infatti confrontate sul tema almeno due ipotesi ricostruttive: quella del prof. Proia, per esempio, non è la stessa da cui parte l'analisi del prof. Gragnoli, cui mi sento senz'altro più vicino. Senza potere entrare nel merito, per ragioni di tempo, risulta interessante sottolineare come la crisi stessa possa essere diversamente considerata e valutata: ciò incidendo sulle specifiche tematiche trattate.

Il disegno di legge «Monti-Fornero», che intende comunque contrapporsi a questa crisi, nelle primissime norme indica molto chiaramente le finalità perseguite. Ecco allora emergere l'obiettivo della universalità delle prestazioni di sostegno del reddito: in direzione del quale, nonostante siano condivisibili molte delle osservazioni del prof. Liso, credo che i passi compiuti siano stati assai timidi. Di nuovo aderisco quindi al punto di vista di Enrico Gragnoli.

Altro profilo fondamentale dichiaratamente perseguito è quello della riduzione della c.d. «flessibilità in entrata». Su questo aspetto condivido l'opinione di Maria Teresa Carinci: secondo me anche tale «riduzione» è stata a sua volta molto modesta. Anzi — senza poter adeguatamente argomentare, sempre a causa dei tempi stretti — secondo me alla fine non c'è stata alcuna riduzione della «flessibilità in entrata», se guardiamo al complesso degli interventi, in particolare considerando le modificazioni al testo introdotte in sede parlamentare. In effetti la possibilità di sottoscrivere contratti a tempo determinato nonché di somministrazione di lavoro a tempo determinato senza causali, oggi concessa, assume rilievo decisivo, alla luce della diffusione del contratto a tempo determinato: da sola «pesando» più di tutte le altre integrazioni, talune delle quali, in particolare nell'area non subordinata, di segno invece senz'altro restrittivo.

L'unico obiettivo esplicitamente ricercato che viene invece raggiunto è quello dell'incremento della c.d. «flessibilità in uscita». Pur in un assetto normativo di grandissima incertezza e confusione infatti alcuni elementi del nuovo disegno emergono comunque con chiarezza, se non si aderisce all'impostazione di Maria Teresa Carinci sulla configurazione del licenziamento discriminatorio. Ne cito solo uno: il «costo» economico derivante dalla lunghezza dei processi d'ora in poi, nella grande maggioranza dei casi, è «spostato» a carico del lavoratore. Questo elemento, a sua volta, da solo facendo la differenza.

L'orientamento di Maria Teresa Carinci sul licenziamento discriminatorio è coraggioso, pur esponendosi a critiche in qualche misura condivisibili. Tuttavia a quell'impostazione — che tende a dilatare il concetto di licenziamento discriminatorio, in tal modo riducendo (anzi in quell'ordine di ragionamento rendendo marginali) i casi di applicazione dei nuovi regimi sanzionatori, meno convenienti del precedente per il lavoratore — secondo me è possibile collegarsi sotto due profili. Innanzitutto, come è già stato detto, il testo distingue in modo molto chiaro il concetto di discriminazione dal concetto di motivo illecito, che fino ad oggi sono stati frequentemente confusi e sovrapposti in giurisprudenza. Potendo da ciò essere formalmente dedotto che per integrare la fattispecie discriminatoria non sia necessaria la presenza dell'elemento soggettivo; tantomeno il requisito per cui l'elemento illecito debba essere esclusivo. Emergono allora i presupposti per la costituzione di uno scenario ricostruttivo nuovo, peraltro in piena coerenza con i caratteri della disciplina comunitaria e nazionale.

Poi non va trascurato che, stando agli obiettivi sempre prefigurati dalle prime norme del disegno di legge sul mercato del lavoro in corso di approvazione, non emerge in tale ambito esclusivamente un incremento della «flessibilità in uscita»: piuttosto un equilibrio complessivo tra riduzione della «flessibilità in entrata», «universalità» delle prestazioni di sostegno del reddito ed incremento della «flessibilità e in uscita». Se i primi due elementi vengono meno, risulta allora coerente, proprio alla luce del diritto positivo, avanzare interpretazioni volte a limitare la portata pure del terzo profilo.

Concludo con due ulteriori osservazioni.

Condivido la relazione di Vito Leccese sotto molteplici profili. Quello che ci divide è soprattutto l'interpretazione dell'art. 39

Cost., seconda parte. Io credo però che si possa arrivare più o meno ai medesimi risultati prospettati nella relazione, a proposito della efficacia del contratto collettivo aziendale, attraverso il primo comma, piuttosto che la c.d. « seconda parte », dell'art. 39 Cost. Mi limito a questo rilievo, sempre per ragioni di tempo.

Infine un tema molto importante, quello del rapporto tra autonomia ed eteronomia, emerso in qualche modo in tutte e tre le relazioni.

L'eteronomia, intesa come intervento nonché regolamentazione pubblici, certamente oggi può spaventare: pensiamo alle inefficienze di cui parlava Enrico Gragnoli; alle evidentissime limitazioni tecniche evidenziate, non solo da oggi, dai testi e progetti di legge; allo stesso « disegno » od « indirizzo » pubblico, che sovente non mancano ragioni di temere. Senz'altro io sono ad es. contrario ad un testo di legge ostile all'autonomia collettiva, come credo risulti l'art. 8, l. n. 148/2011.

Quindi sono comprensibili le riserve sul ruolo pubblico.

Tuttavia occorre anche essere molto cauti sui risultati ottenibili dalla autonomia collettiva: in questa ottica ad es. l'accordo del 28 giugno 2011 mi sembra tutt'altro che risolutivo.

Se sono insomma oggi evidenti i limiti della legge certamente non mancano problemi per l'autonomia collettiva.

D'altra parte io non credo neanche ad una « razionalità » di quei meccanismi di mercato, che consentono la sopravvivenza di certe imprese piuttosto che di altre: ho anzi il sospetto e la sensazione che vi sia una tendenza « distruttiva » in quel che sta accadendo, se non « autodistruttiva ».

Ritengo allora — in questo forse dissentendo dal punto di Enrico Gragnoli — che non si possa assolutamente rinunciare alla riflessione sulla funzione, i contenuti ed i caratteri delle regole: a partire dalle pubbliche.

STEFANIA BRUN

Il controllo di « proporzionalità » sul licenziamento per ragioni tecnico-organizzative alla luce dell'imminente riforma del mercato del lavoro.

1. Con il mio intervento vorrei tentare di dare una lettura in ordine al problema relativo alla consistenza dei limiti sostanziali che incontrerà il potere di licenziamento individuale per ragioni economiche (se e) quando la riforma del mercato del lavoro vedrà la luce. Appare persino scontato sottolineare l'inopportunità della scelta fatta nel ddl n. 3249 di non chiarire i presupposti sostanziali del licenziamento per ragioni tecnico-organizzative (e a tale proposito vorrei ricordare che, ad esempio, il legislatore portoghese ha appena varato una riforma in cui si stabilisce che anche lo scarso rendimento incolpevole può essere causa di licenziamento economico); la necessità di intervenire sui presupposti era oltremodo pressante per chiarire finalmente se tra di essi debbano essere ricompresi, e con quale fisionomia, i profili del rispetto dell'obbligo di *repêchage* e di una scelta in qualche misura « socialmente » orientata del lavoratore da licenziare: insomma, quei vincoli che hanno lo scopo di conferire proporzionalità all'uso del potere di licenziamento una volta che si sia accertata l'esistenza di una modifica tecnico-organizzativa in grado di determinarlo, a monte.

In effetti, è su questo fronte che si scaricano le tensioni del sistema: da un lato, la possibilità di controllo su quei presupposti non è in alcun modo legificata e, dall'altro lato, proprio quei controlli, avendo carattere fortemente valutativo, rischiano di intaccare in qualche misura il principio dell'insindacabilità delle scelte tecnico-organizzative, questo sì, piaccia o non piaccia, oggi canonizzato dal legislatore (il riferimento è, ovviamente, all'art. 30, primo comma della l. n. 183/2010).

Non è un caso che, pure di recente, si registrino voci autore-

voli (come, ad esempio, quella del prof. Caruso) secondo cui, nel silenzio del legislatore, obbligo di *repêchage* e criteri di scelta non hanno diritto di cittadinanza nell'ordinamento.

2. Una risposta di buon senso, dove il buon senso si declina in compromesso, tuttavia, arriva dalla giurisprudenza che ci regala un quadro di coesione e certezze su tali aspetti: il controllo di proporzionalità viene ritenuto imprescindibile dai giudici che, tuttavia, e al contempo, lo praticano con una buona dose di *self-restraint*: basta ricordare, ad esempio, come sul fronte del *repêchage* si siano ideati i noti meccanismi di alleggerimento probatorio a favore dell'impresa.

Tale quadro applicativo merita assolutamente di essere tenuto fermo.

Innanzitutto, sono molteplici le ragioni che suggeriscono di praticare un controllo di proporzionalità sulla condotta datoriale che conduce al licenziamento economico a partire dal fatto che un tale tipo di sindacato è presente in tutti gli ordinamenti a noi più vicini, dove, anzi, la sua obbligatorietà è sancita *expressis verbis* con discipline più o meno puntuali; di più: non mancano ordinamenti, come quello austriaco, in cui si prevede, addirittura, che l'impresa debba fare i conti con i costi « sociali » del licenziamento sul piano, a monte, della decisione tecnico-organizzativa, impedendone l'adozione quando i benefici per l'impresa siano sproporzionati rispetto ai pregiudizi che ne derivano al lavoratore (ciò che accade, ad esempio, dinnanzi ad un lavoratore con una consistente anzianità anagrafica e di servizio).

Ancora, il controllo di proporzionalità va assolutamente mantenuto perché l'assenza di verifiche in merito alla proporzionalità della condotta si traduce, di fatto, in un'elisione di quello, propedeutico e necessario, volto ad appurare l'esistenza di ragioni/scelte tecnico-organizzative capaci di giustificare (ossia determinare l'effetto) del licenziamento: solo il primo tipo di controllo, infatti, come ci insegnava già nel 1969 il prof. Pera, consente di appurare che l'adozione della decisione tecnico-organizzativa e del (conseguente) licenziamento, caratterizzata da una « portata » per così dire « anonima », non spinga verso motivi estranei all'interesse dell'impresa.

Preme inoltre sottolineare come appaia opportuno tenere ferma anche la fisionomia che la giurisprudenza ha fino ad oggi

assegnato ai tipi di controllo di cui si discute: ciò in virtù del fatto che si tratta di una fisionomia capace di dare equilibrio a quei tipi di controllo in assenza di una norma che ne imponga la praticabilità ed, anzi, dinnanzi all'esistenza nell'ordinamento dell'art. 30 del c.d. Collegato lavoro.

3. Ora, il ddl n. 3249 contiene diversi « indizi » a sostegno del controllo di proporzionalità. Innanzitutto, credo vada apprezzata l'introduzione di un obbligo di confronto preventivo tra datore di lavoro e lavoratore, davanti alla Commissione provinciale: tale tipo di procedura infatti attua la pre-condizione indispensabile per la seria praticabilità di un controllo di proporzionalità.

Ancora una volta è il quadro comparato che conferma il dato piuttosto significativo di una sorta di binomio inscindibile tra controllo di proporzionalità della condotta datoriale e previsione di procedure, a carattere individuale o collettivo, preventive al licenziamento la cui intensità, tra l'altro, è direttamente proporzionale all'intensità del controllo di proporzionalità presupposto dall'ordinamento. In effetti, le due cose stanno insieme, ad esempio, in Francia, Austria, Portogallo, Germania, Paesi bassi.

E la necessaria coesistenza tra le due cose è dovuta ad una ragione evidente: solo i vincoli preventivi al licenziamento, inducendo il giudice ad atteggiamenti di *self-restraint*, permettono di « governare », entro margini ragionevoli di certezza, aspetti della condotta datoriale, come quelli coinvolti nel controllo di proporzionalità, che presuppongono valutazioni delicate per il carattere in buona misura soggettivo, e quindi opinabile, in merito alla soluzione « migliore » nel caso concreto; ancora, solo tali filtri preventivi al licenziamento possono agire, in misura più o meno efficace, da strumenti che consentano alle imprese di ottenere, anche, una conferma in ordine alla legittimità del loro operato; d'altro canto, da tempo la dottrina appare sempre più convinta in ordine alla funzione per così dire « razionalizzante » di tutti i vincoli attraverso i quali il legislatore costringe, in una certa misura, il datore di lavoro ad esplicitare le motivazioni o ragioni delle proprie scelte, prima della loro adozione. Infine, non va neppure sottovalutato che i filtri preventivi di quel tipo presentano ulteriori caratteristiche positive che coinvolgono perlopiù proprio i profili dell'obbligo del reimpiego e dei criteri di scelta: attraverso il loro espletamento si cristallizza, per così dire, la situazione esistente in

un momento storico molto vicino a quello dell'intimazione del licenziamento; si consente al lavoratore di fare presenti proprie situazioni personali e familiari, tali da rendergli particolarmente gravoso il licenziamento (permettendo così di superare l'ostacolo costituito dall'art. 8 dello st. lav.); l'esistenza di una procedura (assistita) di confronto preventivo potrebbe aprire spazi a quelle istanze di rinegoziazione (sui principali elementi) del contratto, sollecitate dalla dottrina più recente e nell'ottica di quella « flessibilità interna » al rapporto fortemente auspicata, nella sua relazione, dalla prof.ssa Carinci; infine, il « colloquio » preliminare costituirebbe per il lavoratore (e per chi lo assiste) la sede per acquisire una serie di informazioni preziose a valutare, almeno in una certa misura, la fondatezza del licenziamento; lo si doterebbe, così, di uno strumento oltremodo necessario dinnanzi al nuovo sistema di decadenze fissato dal legislatore per ricorrere in giudizio.

4. Pure sul fronte del nuovo quadro sanzionatorio mi pare di poter rinvenire una soluzione utile a confermare la praticabilità di controlli che vertono sulla proporzionalità della condotta datoriale: il riferimento è al *discrimen* posto dal legislatore tra casi in cui il giudice appura « la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo », e quindi può applicare la reintegra, e le « altre ipotesi », in cui deve operare il solo rimedio risarcitorio.

Al riguardo, pare difficile non pensare che il « fatto posto a base del licenziamento » non possa che essere la modifica tecnico-organizzativa che sta a monte o a supporto, come antecedente causale diretto, del licenziamento: tale modifica, come rilevato sin da subito, o c'è o non c'è; tutte « le altre ipotesi » a cui il legislatore, residualmente, riconnette una sanzione solo risarcitoria, invece, sembrano alludere proprio ai casi in cui siano i controlli sul rispetto dell'obbligo di *repêchage* e di effettuare una scelta socialmente orientata del lavoratore da licenziare ad avere dato esito negativo.

In effetti, è chiaro che quei vincoli agiscono a valle o su un piano del tutto distinto e parallelo rispetto alla decisione tecnico-organizzativa che supporta il licenziamento.

Nella visione proposta, la dicotomizzazione che il diritto vivente ha sancito, sul piano sostanziale, tra la necessità, prevista *expressis verbis*, di una giustificazione ruotante attorno all'esi-

stenza di ragioni, giustificatrici « inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro », e quella, creata dalla giurisprudenza, relativa al rispetto di vincoli, ulteriori, viene confermata, sul fronte sanzionatorio, dal ddl n. 3249; in fondo, la soluzione proposta presenta anche il vantaggio di stemperare i rilievi di quanti ritengono insostenibile tale controllo di proporzionalità in assenza di una presa di posizione del legislatore in ordine alla sua praticabilità.

Certo, va sottolineato che proprio con riferimento ai profili del rispetto dell'obbligo del *repêchage* e dei criteri di scelta potrebbe porsi in modo sensato una distinzione tra casi in cui quegli obblighi sono stati manifestamente elusi e casi in cui invece sono stati semplicemente elusi: il mancato rispetto dell'obbligo di reimpiego e dei criteri di scelta, infatti, può conoscere graduazioni diverse. Tuttavia, occorre ricordare la matrice meramente giurisprudenziale di tali obblighi: essa conduce a ritenere che la manifesta insussistenza non debba agire sul piano della sanzione, bensì, e direttamente, su quello, prodromico, del controllo in ordine alle circostanze che hanno portato a non reimpiegare e a licenziare proprio quel dipendente. Come a dire che i limiti relativi all'applicazione di criteri di scelta e al rispetto dell'obbligo del *repêchage* possono ritenersi violati quando ciò sia manifesto/evidente e non nei casi in cui vi siano margini di dubbio attorno a quella violazione; la conclusione può apparire forte, ma al riguardo vorrei ricordare che anche in ordinamenti in cui il legislatore provvede a disciplinare dettagliatamente i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare si stabilisce che in ogni caso il giudice potrà censurare l'applicazione degli stessi solo nei casi in cui « la scelta dei lavoratori da licenziare sia affetta da manifesta erroneità » (v. § 1, della legge tedesca di protezione contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*) nella versione modificata ad opera della l. 24 dicembre 2003).

5. Sino a qui si è sottolineato come, opportunamente, il ddl n. 3249 offra diversi elementi a favore del controllo di proporzionalità della condotta datoriale; tuttavia, si è già detto che al di là di questo, la nuova riforma non dovrà assolutamente essere strumentalizzata per esasperare i profili applicativi di un tipo di controllo creato dalla giurisprudenza in una situazione di vera e propria anomia legislativa.

In tale senso, ad esempio, occorre evitare che la previsione di due sanzioni diverse nell'ambito del licenziamento economico ingiustificato offra il destro per « ritoccare » la fisionomia del controllo di proporzionalità così come operato sino ad ora in giurisprudenza: in effetti autorevole dottrina (il riferimento è al prof. Liso) ha sostenuto che la sanzione minore, relativa « alle altre ipotesi », ossia quella risarcitoria, potrebbe essere applicata al mancato rispetto dell'obbligo di aggiornamento della professionalità; in tale modo, è evidente, quell'obbligo finirebbe per fare ingresso tra i presupposti del licenziamento economico e in particolare del *repêchage*, in aperto contrasto con il quadro giurisprudenziale che sino ad oggi ne ha sempre negato il fondamento.

Ancora, occorrerà evitare di ricomprendere nell'obbligo di motivazione *contestuale* al licenziamento, previsto nel ddl n. 3249, i profili relativi a criteri di scelta e possibilità di reimpiego: un obbligo di motivazione di quel tipo, infatti, fissando la materia del contendere, rischia di irrigidire in modo forse non tollerabile la condotta dell'impresa; non è un caso che anche in ordinamenti estremamente attenti alle ragioni del lavoratore, come quello francese, il legislatore si preoccupi di lasciare fuori dall'obbligo di motivazione contestuale al licenziamento l'indicazione dei criteri di scelta che hanno ispirato la condotta datoriale limitandolo all'enunciazione dei motivi economici, ossia la crisi, che in quell'ordinamento rileva, e della modifica tecnico-organizzativa posta a base del licenziamento (cfr. l'art. L 1233-16 *code du travail*).

In realtà è soprattutto la fisionomia del *repêchage* che risulterà fortemente modificata, ed in modo non sostenibile, se non si tiene fuori quel presupposto dall'obbligo di motivazione contestuale: al riguardo infatti occorre sottolineare come ciò rischi di vanificare l'atteggiamento sino ad ora tenuto dalla giurisprudenza la quale, in modo prudente, ha sempre escluso che la semplice sussistenza di un posto di lavoro vacante cui poteva essere adibito il lavoratore in luogo del licenziamento sia di per sé condizione sufficiente per non legittimare il recesso: secondo la giurisprudenza, infatti, perché possa dirsi violato l'obbligo del reimpiego occorre che in giudizio venga appurato che quel posto vacante è stato coperto successivamente attraverso l'assunzione di un nuovo lavoratore; se invece lo stesso viene coperto attraverso scelte diverse (come il ricorso ad un collaboratore a progetto o la redistribuzione delle relative mansioni fra i lavoratori rimasti in azienda)

i giudici ritengono che tali opzioni « alternative » in merito alla copertura del posto vacante rientrino a pieno titolo nella libertà di gestione tecnico-organizzativo. Ne consegue che costringere il datore di lavoro ad esternare il modo attraverso il quale procederà alla copertura delle mansioni effettivamente vacanti al momento del licenziamento già nella fase della comunicazione dei motivi dello stesso lo priva della possibilità di effettuare, successivamente, scelte diverse, fino ad ora ritenute legittime dalla giurisprudenza (si pensi al caso di un datore di lavoro che motivi per iscritto il mancato reimpiego del lavoratore in quanto le mansioni vacanti al momento del licenziamento verranno affidate ad un collaboratore autonomo e che, successivamente, cambi idea cominciando a svolgerle di persona). Un irrigidimento in tale direzione della libertà di iniziativa economica non è auspicabile, non risponde agli obiettivi del ddl n. 3249 e, di certo, risolve il già contestato obbligo di *repêchage* in un presupposto contrario all'art. 30 della l. n. 183/2010.

A commento di una serie di relazioni e di interventi interessanti, mi propongo di spendere qualche parola sul tema del rapporto tra crisi economica e diritto del lavoro, tema variamente evocato in alcuni degli interventi e che, a parer mio, occorre, richiede alcune ulteriori, e forse più radicali, valutazioni. Come tanti altri in questa sede, mi occupo di diritto del lavoro, e con ciò rifletto, ma sostengo, anche, la necessità di interventi legislativi e contrattuali che, a diverso livello, dal rapporto di lavoro vero e proprio, alle misure relative all'assistenza ed alla previdenza, comportano l'adozione di « tutele » che, producono, in qualche modo, limiti alla libertà dell'iniziativa economica, nell'ambito di quanto disposto dall'art. 41 Cost.

Non vorrei, che per il fatto di occuparmi di questa disciplina, e per il fatto di sostenere la conservazione di essenziali garanzie per il lavoro, passare come un untore, come uno dei responsabili dell'attuale crisi economica, visto che alla vera o supposta rigidità di questo sistema viene addebitata, con facilità, o meglio con facilitoneria, la responsabilità, o una parte significativa di responsabilità, della crisi.

Di questa relazione, sia ben chiaro, manca ogni evidenza empirica. Peraltro, quell'insieme di misure che, in Italia ed in Europa, vanno sotto il nome, a volte improprio, di riforme, ha incominciato ad essere prima teorizzato e poi attuato ben prima dell'affacciarsi della crisi economica.

La questione della riforma dell'art. 18, ad esempio, si è posta all'indomani della approvazione della l. n. 300/1970 ed ha attraversato quasi mezzo secolo durante il quale la medesima normativa, ha convissuto con fasi di prosperità e con fasi di crisi, rendendosi compatibile, a parità di disciplina legislativa, con i livelli di quasi piena occupazione che, in qualche momento, hanno conosciuto alcune aree del settentrione, con il permanere di insopportabili livelli di disoccupazione in alcune regioni meridionali.

Anche le più recenti linee di tendenza e molte delle misure adottate in alcuni dei paesi europei a noi più vicini, sono precedenti alla crisi. La Francia ha adottato le sue leggi di « modernizzazione » ed altri provvedimenti di flessibilità, come gli « sfortunati » contratti *premier emploi*, e *premier embauche* ben prima di questa crisi. E la flessibilizzazione spagnola, portata all'estremo da Aznar, è ugualmente assai precedente. Anche il libro verde, che ormai costituisce il principale punto di riferimento teorico per le « riforme », è precedente alla crisi, Libro verde che, nell'invocare quel regime di flessicurezza che, a parole, il nostro sistema e quello degli altri stati appena richiamati, vorrebbero applicare, indica, però, soltanto esempi di flessibilità e mai esempi di sicurezza. Sylvain Laulom, nell'ambito di una ricerca comparata sulle più recenti misure adottate in diversi stati di fronte alla crisi, non può che giungere alla conclusione che si sia trattato semplicemente di misure caratterizzate da una « flessibilità pura e dura », senza che possano osservarsi significative misure ascrivibili alla sicurezza.

Se le misure adottate e che si stanno per adottare, finiscono per provocare un evidente processo di pauperizzazione, senza sicurezza, non possiamo continuare ad accontentarci della predica degli economicisti che traggono la semplicistica conclusione che, evidentemente, non sono sufficienti.

Non possiamo continuare a fingere di ignorare che gli obiettivi dell'economia e quelli del diritto del lavoro sono sostanzialmente differenti, quando non opposti. L'economia, soprattutto in questa fase, sembra aver assunto l'obiettivo del riequilibrio dei conti, della riduzione del deficit, alla ricerca di una ripresa che è concepita nella sua dimensione macro e che, pertanto, spesso trascura che tale risultato potrebbe essere raggiunto con differenti equilibri anche interni (all'Unione europea, ad ogni singolo Stato), cioè con un pericoloso allargamento della forbice dei redditi interni, secondo la dinamica più recente, o evitando che le già insostenibili sperequazioni possano aumentare.

Il nostro compito, dopo che si è interrotto il processo di graduale miglioramento dello *status* sociale ed economico dei lavoratori, subordinati o più genericamente dipendenti, è piuttosto quello di stabilire quali siano i limiti ispirati alla dignità ed alla decenza, per impiegare un termine al quale ahinoi, si è oggi costretti a ricorrere, che non possono essere superati da chi rincorre

quegli obiettivi economici che cadenzano la nostra esistenza quotidiana.

Significa interrogarsi sulla necessità di indicare, ma per davvero, una soglia di indisponibilità dei diritti collegati allo *status* di lavoratore, cioè alle forme contrattuali mediante le quali si cede una parte della propria esistenza, in cambio dei mezzi di sopravvivenza. Ciò perché davvero il lavoro possa ancora svolgere la funzione di nobilitare, piuttosto che quello dell'abbruttimento evocato dalla prima dottrina sociale della chiesa, e non solo da essa.

Credo che, da anni, subiamo, più o meno consapevolmente, una colonizzazione della nostra disciplina da parte di altre discipline, dell'economia, che pretende di considerare il nostro intero patrimonio, come semplice variabile in termini di flessibilità e di costi rispetto ad una finalità che ci è estranea. Ciò diventa addirittura spaventoso quando incominciamo a trovare pesanti indizi, nella più recente legislazione, di una mutazione genetica del diritto del lavoro. Ciò avviene quando, ad esempio, come ammonisce Miguel Rodriguez Pinero, si scrive senza pudore che le finalità delle norme (di diritto del lavoro) sarebbero quelle di favorire la competitività, di far crescer la produzione ... mentre molti di noi continuano a ritenere che la finalità precipua sia quella di tutelare la persona del lavoratore nell'ambito di una società ispirata all'equità ed alla giustizia.

Del resto, l'art. 41 C. che, se si vuole, compartiamo con gli economisti, pone un limite alla libertà economica imponendo i limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà, della dignità umana. E non il contrario. Cioè non prevede che l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità, possano trovare un limite nella libertà economica. Eppure è quello che sta accadendo.

Oggi, mentre si parla della riforma dell'art. 18, mi torna alla mente Federico Mancini, quando, commentando l'art. 4 Cost., affermava che la legislazione di tutela contro il licenziamento illegittimo realizzasse il progetto del costituente. Una conquista intoccabile, tanto da poter sospettare l'incostituzionalità di una legge ordinaria che volesse privare i lavoratori di quella tutela.

AURORA VIMERCATI

Emergenza, mutamenti e “crisi di sistema”: il Diritto del lavoro tra lezioni del passato e sfide del presente.

Alla fine di questa prima sessione di lavoro, credo sia possibile formulare solo brevi considerazioni, non solo per oggettivi limiti di tempo, ma anche perché l'ampiezza dei temi trattati dalle Relazioni e la ricchezza del dibattito che ne è scaturito accentuano l'esigenza di più meditate riflessioni sul concetto di crisi e sulle sue implicazioni, soprattutto quelle di tipo metodologico. È chiaro, infatti, che sono molteplici le “sofferenze” del Diritto del lavoro nelle sue principali componenti, alle quali corrisponde la tripartizione seguita dalla nostra Associazione nella assegnazione dei temi ai tre Relatori. Pare chiaro, altresì, che la crisi che connota questa fase della evoluzione del Diritto del lavoro stia sempre più assumendo i caratteri di una “crisi di sistema”. Una crisi di sistema che, per molti versi, rimanda a Luhmann e alla rinnovata attualità della sua riflessione sulla complessità.

In generale, come brillantemente illustrato dalla relazione di Gragnoli e, da ultimo, dall'intervento di Perulli, la crisi si presta ad essere indagata attraverso diverse prospettive e secondo differenti criteri, a partire da quello di natura etimologica, mirato a metterne in risalto gli aspetti intrinsecamente di rottura rispetto, ad esempio, alla stessa azione pubblica, vista nei suoi profili strutturali o di organizzazione, ma anche in quelli che si possono definire funzionali. Basti pensare, a questo proposito, alla crisi dello Stato-nazione.

Giustamente, ed efficacemente, le tre relazioni hanno fatto riferimento alla crisi in quanto crisi economico-finanziaria o, in una dimensione micro-economica, in quanto crisi aziendale o di impresa, quale riflesso più ovvio e diretto della prima; dunque, la crisi è stata affrontata con particolare attenzione all'impatto, per così dire, differenziato a seconda delle aree geografiche e/o delle

fasce di popolazione prese in considerazione ed in relazioni alle quali il rischio di esclusione sociale risulta maggiore. Lungo questo crinale, la crisi emerge quale fenomeno dalle ricadute drammatiche in termini occupazionali e tale da risultare deflagrante per la tenuta già precaria del sistema di tutele del lavoro, incentrato sulle tradizionali istituzioni di regolazione del mercato del lavoro (la disciplina del rapporto di lavoro e l'azione di autotutela collettiva) e sullo stato sociale. In particolare, l'entità del fenomeno si riverbera sui tradizionali rimedi di matrice assistenziale, i quali appaiono sempre meno adeguati, oltre che poco praticabili, a gestire gli effetti della crisi e parimenti inadeguato appare l'imponente armamentario delle politiche attive del lavoro, nonostante il crescente investimento su di esso che ne fa anche l'Unione europea.

Come si avverte dalle *Relazioni*, questo crinale di analisi — per quanto praticato e da praticare — presenta anche rischi di mistificazioni a tratti inquietanti, se solo si considera la tendenza a leggere la crisi in chiave, per così dire, giustificazionista. Questo traspare chiaramente dalla lettura di Maria Teresa Carinci, come dalla suggestiva trasposizione di Vito Leccese del “tempo della crisi” in « ritmo di danza » che tutti i protagonisti della regolazione lavoristica, « spontaneamente o meno », si trovano a seguire.

Ebbene, Leccese, nella sua lettura pregevolmente incentrata sui principi costituzionali e, in particolare, sulla valenza prescrittiva, oltre che impeditiva, che promana dalla seconda parte dell'art. 39, avverte vivamente contro i pericoli che le inedite e molteplici forme di interferenza legislativa nelle dinamiche negoziali vadano ad intaccare i capisaldi costituzionali dell'azione di autotutela collettiva ed i tradizionali equilibri che contraddistinguono le relazioni industriali e la loro struttura, nella particolare evoluzione dell'esperienza italiana.

A questo proposito, vale la pena ricordare che è almeno dagli anni '80 che la dottrina italiana si interroga sulle interferenze sempre meno virtuose da parte dell'ordinamento giuridico statale nei confronti dell'ordinamento intersindacale. Interferenze foriere di tutte le ambiguità e criticità divenute, nel tempo, sintomo di una patologia dal carattere forse irreversibile e che si manifesta nel disordine regolativo che affligge l'ordinamento giuridico come il sistema di relazioni industriali e, dunque, potremmo dire, il sistema sociale nel suo complesso.

Da questo punto di vista, colpisce l'attualità — oltre che la lungimiranza — dei lavori svolti nel lontano Congresso di Bari, dedicato alle prospettive del diritto del lavoro per gli anni ottanta. Congresso aperto dalla Relazione di Giugni che, riletta oggi, appare come una lucida diagnosi anticipata della crisi odierna. Crisi che, certo, va letta — oggi come allora — alla luce di fattori esogeni, ma anche con uno sforzo di riflessione su quelle che lo stesso Giugni definiva le modalità di formazione del modello italiano, ricordando come ogni sistema giuridico, in quanto « figlio della sua storia », debba essere interpretato criticamente in rapporto ad essa. E proprio osservando la pluralità di modelli o ideologie — « sovente confliggenti fra di loro » — tipicamente presenti nell'esperienza italiana, Giugni sottolineava la caratteristica « formazione alluvionale » del diritto del lavoro italiano che — lungi dall'apparire (già allora!) stabilizzato, si presentava « percorso da accelerati cambiamenti » dei quali, tuttavia, non era facile individuare il filo conduttore; anzi, ammoniva Giugni, era in corso « una trasformazione per molti aspetti di natura strisciante, che avanza(va) senza la guida di un progetto globale ». Soprattutto, nella lettura-denuncia allora formulata, l'attenzione era rivolta anche necessità di una costante tensione critica nella difficile conciliazione tra cambiamento e salvaguardia delle più importanti scelte di valore che erano state realizzate in quella prima importante fase della storia del diritto del lavoro post-costituzionale e che — appunto negli ottanta — manifestava le prime, gravi avvisaglie di crisi. Crisi che non risparmiava neanche la dottrina italiana e quella che era stata la sua capacità, a volte, di « autentica simbiosi » con gli operatori giuridici. Crisi, infine, che investiva anche le stesse forze sociali, quelle che avevano giocato « un grande ruolo di propulsione delle trasformazioni » e che ora apparivano pressoché inerti, tanto da manifestare sintomi di preoccupante immobilismo.

Certo molte cose sarebbero accadute di lì a poco.

Basti pensare alla crescente compenetrazione tra il sistema statale delle fonti e il sistema volontario e autolegittimato di contrattazione collettiva che si sarebbe realizzata nel periodo, appunto, della c.d. legislazione dell'emergenza che, già ad inizio anni ottanta, constatata la sua eccessiva durata, veniva tradotta in termini di vero e proprio diritto della crisi e/o della trasformazione. La trasformazione (socio-economica) che — a maggior ra-

gione col senno di poi — investiva il Diritto del lavoro aveva una portata enorme e pare ora essere arrivata ad una fase di vera e propria rottura, in quanto appaiono sempre più intaccate — e, dunque, indebolite — le stesse strutture portanti del diritto sindacale e del diritto del lavoro, entrambi costruiti sul fondamento conflittuale, come illustrato magistralmente da quella parte importante della dottrina che, grosso modo tra gli anni '60 e '80, ha affrontato le tradizionali questioni di metodo e di contenuto che costituiscono parte integrante dello statuto epistemologico, oltre che accademico, del Diritto del lavoro.

Nonostante i tanti segnali importanti e le importanti riflessioni critiche e, dunque, metodologiche già avviate, il processo di penetrazione tra sistema statale e ordinamento intersindacale è, poi, proseguito attraverso la mediazione nobile della concertazione sociale degli anni novanta. Come è noto, e in via generale, questo processo è stato connotato dalla partecipazione delle parti sociali alla definizione degli obiettivi fondamentali delle politiche economico-sociali e da quella — più o meno felice — combinazione tra fonte legislativa e fonte contrattuale che ha dato luogo alle cd. leggi negoziate o, ancora, dalla devoluzione alla contrattazione collettiva della funzione di derogare o integrare la regola posta dalla norma di legge.

Soprattutto, nel giro di pochi anni dal Congresso di Bari del 1982, sarebbe mutato — in maniera profonda e, in questo caso, certamente irreversibile — lo scenario complessivo, se solo si pensa alla portata di quell'avvenimento che, consumatosi nel novembre del 1989 con la caduta del muro di Berlino, avrebbe visto il lento propagarsi di cambiamenti tanto profondi da contaminare i principali equilibri sui quali pareva fondato l'ordine internazionale e, dunque, i sistemi nazionali, specie quelli dell'area europea e della Comunità europea.

Lungi dall'insinuare sfumature apocalittiche in un dibattito già connotato da toni gravi, intendo solo insistere sulla constatazione — o amara verità, per dirla ancora con Giugni — che i fattori di trasformazione sono sempre, soprattutto, forze esogene al sistema e che, cionondimeno, queste sollecitano, oggi più che mai, una riflessione critica di sistema che, in quanto tale, non può che investire il metodo.

Senza voler sminuire la portata sacrosanta delle analisi volte a mettere in luce i molteplici profili di criticità della legislazione

emanata in questo primo decennio, e oltre, di secolo, sino ad arrivare a mettere in discussione le scelte di politica del diritto seguite finora, secondo le indicazioni e argomentazioni fornite sia dalla Relazione di Maria Teresa Carinci, sia da quella di Leccese, pare altresì opportuno volgere lo sguardo più indietro e, dunque, collegarsi alle caratteristiche antecedenti del diritto del lavoro e al processo di crisi che aveva iniziato a riguardare i suoi fondamenti strutturali, per concentrare maggiormente l'attenzione — come, del resto, si era iniziato a fare negli anni '90 — sui profili funzionali.

Questo passaggio, generalmente — e, per molti versi, comprensibilmente — tende ad essere percepito in termini negativi e, dunque, avversato per il rischio, in qualche modo implicito, che possa condurre ad un pericoloso e ulteriore abbassamento delle tutele e conseguente riduzione delle garanzie che sono il portato storicamente più rilevante dello stato sociale e, più in generale, del c.d. modello sociale europeo. La tendenziale avversione per questo passaggio, che potremmo definire teorico-concettuale, è fondata su ineccepibili argomentazioni politico-istituzionali le quali, tuttavia, sembrano presentare un doppio profilo di criticità.

Il primo, attiene ad un dato fattuale che, tuttavia, merita di essere attentamente considerato, in quanto rappresenta, da sempre, una sorta di parametro di riferimento necessario per qualunque riflessione o valutazione che abbia ad oggetto il diritto del lavoro e, cioè, il dato della effettività delle sue norme. Questo dato, per molti versi, non consente di rinviare ulteriormente una riflessione critica che giunga a riguardare anche gli aspetti fondanti non solo del Diritto del lavoro, ma dei complessivi assetti costituzionali del nostro ordinamento democratico, quelli sui quali il lavoro — oltre che il Diritto del lavoro — si fonda e che, pure, lo stesso Diritto del lavoro ha contribuito a definire e corroborare.

La resistenza verso questo tipo di operazione, inoltre, tende a riverberarsi su un altro profilo, quello attinente a talune funzioni regolative necessarie che, una volta principalmente rimesse alla normativa lavoristica — quella eteronoma e quella autonoma — rischiano oggi di essere lasciate alle logiche di rapporti di forza sempre più squilibrati, anche per effetto dell'inerzia dei diversi attori (istituzionali e non) coinvolti.

Come detto in apertura, queste considerazioni meriterebbero ben più approfondita argomentazione. Tuttavia, pur nella loro ge-

nericità, possono avvalersi della robusta riflessione che la dottrina di un'epoca che appare oramai lontana aveva magistralmente avviato.

Sembra ancora fondamentale, a questo proposito, la riflessione di Kahn-Freund, notoriamente incentrata sul problema del governo delle società (pluralistiche) complesse. Problema destinato a rimanere irrisolto, specie a fronte dei *nuovi* problemi che lo stesso Kahn-Freund, nelle sue ultime *lezioni*, aveva efficacemente individuato e, per molti versi, anticipato, ed ai quali altri si sarebbero poi aggiunti. Si allude alle trasformazioni intervenute nella struttura e nella composizione della forza lavoro così come, e soprattutto, allo spostamento dei conflitti primari dal rapporto di produzione-lavoro a quello tra consumi e investimento, sino a trasformare la funzione dello sciopero come « istituzione politica e sociale ». Per rimanere nell'ambito dell'esperienza italiana e collegarsi ad uno dei temi centrali di questo e del precedente Convegno annuale della nostra Associazione, vale la pena richiamare le vicende che, nel periodo forse di più felice interazione tra ordinamento giuridico statale e ordinamento intersindacale, hanno determinato il rafforzamento, alla base, dell'autonomia collettiva e che, tuttavia, attraverso un uso forse troppo disinvolto della nozione di SMR, hanno finito per produrre un effetto ulteriore e, forse, poco desiderato, sul piano dei rapporti tra sindacato e potere politico pubblico. Mi riferisco, ovviamente, allo Statuto dei lavoratori nel suo esito che, forse, ad osservarlo oggi, appare infuato, nella misura in cui ha promosso quella condizione primaria della partecipazione del sindacato al potere politico, che, come a suo tempo spiegato da Mengoni, era costruita sull'autonomia collettiva quale prolungamento di questa dalla sfera sociale nella sfera politica, così da finire per integrare nella volontà dello Stato la volontà politica che, fuori e indipendentemente dallo Stato, si forma nelle organizzazioni sindacali.

Anche se non è questa la sede per soffermarsi su questi aspetti, può, comunque, valere la pena insistere nel riferimento a quella dottrina che aveva iniziato a sollevare il velo che copriva i problemi oramai divenuti noti e gravi e che rivelano quella crisi di sistema sulla quale, appunto, credo si debba ulteriormente riflettere. In questa prospettiva, un riferimento obbligato è quello a D'Antona e alla c.d. anomalia metodologica da lui — e da altri con lui — illustrata e indagata, sino ad arrestarsi proprio quando,

forse, era arrivato il momento di praticare uno sforzo ulteriore, anche nella direzione di una rifondazione epistemologica della materia.

Ma quello che mi preme sottolineare, in questa sede, è l'attenzione che — all'epoca — era riservata ai mutamenti. Attenzione che D'Antona, da par suo, riservava, tra l'altro, a quella tendenza dell'ordinamento del lavoro a farsi *policentrico*, con la « proliferazione di una legislazione particolaristica, improntata ai (nuovi) paradigmi della contingenza e della strumentalità ed il frequente intervento dei poteri pubblici in vicende rilevanti dell'organizzazione e dell'attività dell'impresa e, dunque, del contratto di lavoro ». A parte la significativa continuità culturale rispetto alla riflessione di Giugni — prima sinteticamente richiamata —, l'attenzione rivolta a questa tendenza è il dato che, più di altri, consente di arrivare alla nostra attualità, la quale sembra soccombere ad un policentrismo esasperato dalla globalizzazione dei mercati e dall'avanzamento del processo di integrazione europea anche — e soprattutto — nel senso dell'allargamento progressivo ai Paesi che, con alterne vicende, sono “fuoriusciti” dai blocchi sorti sulle macerie del secondo conflitto mondiale e, in particolare, dalla esperienza dei regimi del c.d. socialismo reale.

Alla luce di tutto questo, credo che il recupero di una riflessione sul metodo, che riscopra le potenzialità dell'analisi policentrica professata da Luhmann e che oggi sembra esercitare nuovo *appeal* sulla comunità scientifica internazionale, possa accompagnare l'indagine di uno scenario sempre più segnato dalla complessità, quella che deriva dalla molteplicità delle sue componenti e dal complicato intreccio che le caratterizza, come dai numerosi più stringenti condizionamenti esterni.

Penso, in particolare, alle recenti riflessioni di Colin Crouch e di altri studiosi sulla diversa composizione dei gruppi e, dunque, sulle forme della distribuzione di potere all'interno della società, sui “gruppi” capaci di rappresentare categorie di interessi sempre più frammentati e di operare le necessarie mediazioni, anche in considerazione della emersione di nuovi bisogni o istanze di tutela (si pensi ai diritti delle generazioni a venire o ai temi della sostenibilità).

Per tornare a temi a noi più vicini, ma tenendo sempre a mente le questioni del *balance of power* che rendono l'insegnamento di Kahn-Freund di rinnovata attualità, credo vada preso in

seria considerazione l'invito di Silvana Sciarra a guardare con maggiore attenzione all'Europa e, in particolare, all'Unione europea, anche per quello che può offrire in termini di opportunità, oltre che dei molti — e gravi — condizionamenti. D'altronde, questa esortazione era già stata efficacemente formulata, in particolare, da Donata Gottardi, in occasione del Convegno della nostra Associazione del 2010. Una esortazione sorretta dalla puntuale illustrazione e analisi dei tanti appigli di carattere istituzionale per ipotizzare nuovi possibili equilibri tra le principali opzioni ideologiche che animano le politiche economiche europee. Mi riferisco, in estrema sintesi, alla tradizionale disputa tra l'approccio alle politiche economiche di impostazione neo-classica, sensibile alle note quanto diffuse logiche di *free competition*, e a quello ispirato da logiche di *fair competition*, cioè orientato alla elaborazione ed alla valorizzazione di meccanismi di coordinamento per la regolazione del mercato interno. È proprio entro questo ambito che sembra possa valere la pena condurre indagini approfondite e che siano capaci di raccogliere — e, poi, di elaborare — dati (o indicatori) che possano, a loro volta, trovare più efficaci forme di utilizzo, per così dire, virtuoso ai fini del coordinamento tra politiche economiche e politiche sociali.

Quanto a queste ultime, può essere utile ricordare, in conclusione, come esse stesse richiedano di essere indagate con rinnovato interesse per coglierne le potenzialità, per quanto flebili, ai fini del più efficace coordinamento tra i diversi approcci politico-istituzionali presente nell'ormai amplissimo contesto di riferimento. Da un lato, quello aderente ai sistemi nazionali di diritto del lavoro (compreso quello dell'OIL) e di sicurezza sociale e, dunque, sensibile alla grammatica dei *labour standard* e della protezione sociale. Dall'altro, quello incentrato sulla categoria generale dei diritti umani e attento alle nozioni di cittadinanza, orientato alla tutela contro vari tipi discriminazione (quella di genere, *in primis*). Al centro di queste tensioni, proprio nella zona più nevralgica, quella al confine tra ambito delle politiche economiche e ambito delle politiche sociali, si stagliano le politiche dell'occupazione. Si tratta della zona entro la quale — attraverso la predisposizione di strumenti (rigorosamente) *soft* — è destinata a consumarsi la delicata partita della convergenza — *rectius*, conciliazione — tra politiche economiche e politiche sociali. Una partita, si potrebbe dire, di retroguardia, tutta rimessa all'interazione di farraginosi meccani-

smi di coordinamento, governati da *indicatori* e organi paritetici quale surrogato funzionale della combinazione di diritti e istituzioni collettive che ha contraddistinto i sistemi nazionali di diritto del lavoro e azione sindacale. Una partita che è arrivato il momento di iniziare a giocare, sperimentando nuovi paradigmi e raccogliendo le sfide del cambiamento e della crisi; una crisi, appunto, di sistema.

MARCO BARBIERI

Allora, quest'anno abbiamo avuto tre bellissime relazioni, piene di spunti e di questioni. Devo andare rapidissimamente, data l'ora e i pochi presenti. Partirò dalla relazione di Enrico Gragnoli, dal quale sono stato anche evocato.

Debbo ricambiare il favore, riconoscendogli lo straordinario merito di aver superato due tabù, che viceversa — a quel che ho capito — i suoi discussant, invece, non sono stati per nulla disposti a rompere; a questo proposito, in particolare farò una critica alla posizione di Franco Liso.

Il primo tabù è costituito dalle politiche attive del lavoro.

Qui torna il tema del congresso con le, per me irrinunciabili, precisazioni metodologiche, diverse ma a mio giudizio convergenti, che hanno portato da questa tribuna Perulli, Mazzotta e Loy. Di che stiamo parlando? Sappiamo noi che esistono economisti che la pensano diversamente dalla corrente dominante? O stranamente pensiamo che l'economia, i mercati, l'Europa, siano delle realtà obiettive, dotate di una consistenza naturale? Il fondamento dell'enfasi sulle politiche attive del lavoro, sulla loro opportuna ed anzi necessaria congiunzione con le politiche passive nella forma della subordinazione delle seconde alle prime, e anche quello che sta alla base dell'altro tabù violato dalla relazione di Enrico Gragnoli, la condizionalità, è costituito da un presupposto di teoria economica a mio giudizio falso: il fatto che la disoccupazione nasca, per lo meno nella generalità dei casi, dal *mismatch* fra domanda e offerta di lavoro, donde nascerebbe la necessità di adeguare l'una all'altra.

Mi permetterete di ricordare che esistano economisti che la pensano assai diversamente. Non dovremmo trascurarlo nel momento in cui questo presupposto di teoria economica, questa convinzione che ha ispirato la strategia europea cd. di Lisbona, e che pone al centro delle politiche pubbliche l'occupabilità, rivela la sua debolezza fondamentale, a proposito della quale nasce il mio

disaccordo da Franco Liso. Supponiamo infatti di avere tutto quello che noi non abbiamo, e soprattutto servizi per l'impiego e strutture formative efficienti, e quindi che sia possibile rendere occupabili tutti coloro che cercano lavoro, ovverossia che si spalmi in maniera equa, quindi non per caratteristiche ascrivibili, la disoccupazione che c'è su tutto il mercato del lavoro. Ebbene, è ragionevole ritenere che lo stock di disoccupati non muterebbe di una sola unità, perché la disoccupazione è un problema di domanda aggregata, non è un problema di occupabilità, onde la trasformazione dell'antico obiettivo del cosiddetto modello sociale europeo (ammesso che esista, diceva Maria Vittoria Ballestrero), l'obiettivo della piena occupazione, in quello ben diverso dell'occupabilità nasconde male una trasformazione sostanziale, che è l'adesione a una visione tutta ideologica del mercato del lavoro, propria di una parte degli economisti.

Anche fra noi c'è, lo ha fatto Proia, chi sostiene — a torto, nella mia opinione — che la crisi nasca dal deficit pubblico, quando la crisi è nata negli Stati Uniti dal debito privato e dalle modalità della sua gestione da parte del sistema finanziario.

Se questo è vero, come mi pare sia incontestabile, occorrerebbe riflettere sul perché in Europa invece la crisi si sia presentata, o sia stata presentata, come crisi originata dal debito pubblico. A questo proposito vorrei richiamare la tesi di uno fra quegli economisti che non è d'uso considerare, Emiliano Brancaccio, che ha appena finito di scrivere un pamphlet dal titolo « L'austerità è di destra ».

Dallo studio di punti di vista economici sulla crisi differenti da quelli abitualmente presi in considerazione, possiamo arrivare alla conclusione (o almeno al dubbio) che le politiche per l'occupabilità siano politiche costosissime e, in una fase di crisi dove il problema è la mancanza di domanda aggregata, del tutto inutili; o, se non si voglia esagerare per paradosso, utili soltanto alla riduzione di quella quota di disoccupazione che sia effettivamente dovuta al *mismatch* tra domanda e offerta di lavoro, che è ovviamente del tutto minoritaria nella fase della crisi.

Sulla condizionalità, non ho il tempo per argomentare adeguatamente, ma ho provato altrove ad accennare che si tratti in realtà delle *Poor Laws* dell'epoca contemporanea.

Si può affermare, con qualche fondamento, che la stretta sulla condizionalità gradatamente operata dal legislatore ci sia ri-

chiesta dall'Europa; questo dato a me suscita subito l'idea che se ce lo chiede l'Europa sia sbagliato, perché a mio giudizio la linea tenuta negli ultimi trenta anni dall'Unione Europea, compreso il recentissimo *fiscal compact*, è nella sostanza quella che ci ha portato al baratro (mi spiace dissentire da Aurora Vimercati).

Ebbene, rispetto alla condizionalità a me pare che la Commissione europea abbia il ruolo che fu all'epoca delle *Poor Laws* del governo di Lord Melbourne, cioè di creare un meccanismo per il quale è la inattività dei disoccupati e la loro mancanza di qualificazione e/o di orientamento verso le necessità del mercato (quindi delle imprese) a determinare la disoccupazione, onde la disoccupazione sarebbe un difetto dell'offerta di lavoro che va corretto, in forme coattive, e direi sempre più coattive: anche Franco Liso lo riconosceva, quando osservava che nella legge Fornero c'è un problema evidente di riduzione della tutela nel momento in cui la si va a parametrare al trattamento.

Io lo dico qui sulla base della mia esperienza empirica pluriennale di amministratore in una situazione in cui il dualismo del mercato del lavoro italiano si faceva sentire con evidente nettezza: la condizionalità sempre più rigorosa è inutile, perché una volta che si impongono le cose, ha del tutto ragione al proposito Gragnoli nella sua bella relazione, naturalmente le misure non funzionano.

Avete mai visto un colloquio di lavoro in cui un disoccupato, che è obbligato a parteciparvi per non perdere un trattamento economico collegato allo *status* di disoccupazione, ma che non vuole essere assunto per il posto di lavoro in relazione al quale si svolge il colloquio, fa di tutto per non farsi assumere? Alla fine di questo percorso di coazione ad accettare sotto pena della perdita del trattamento passivo ci sono le *Work Houses* e il lavoro coatto, perché l'imprenditore privato in genere non è tanto stupido da assumere un disoccupato che dimostri nel colloquio di non avere alcuna intenzione di farsi assumere.

Io credo che vada riconosciuto alla relazione di Enrico Gragnoli, malgrado la distanza dei nostri punti di partenza — come potete immaginare difficilmente io aprirei con una citazione di Friedman —, di avere guardato la realtà senza occhiali ideologici, il che dimostra l'utilità di un dibattito tra persone libere: e proprio nel guardare la realtà mi sembra che il relatore sia arrivato alla condivisibile conclusione che queste politiche sono costosis-

sime in periodi di crisi e di deficit pubblico in Europa, ma anche completamente inutili, perché fondate su un presupposto ideologico, cioè su un'interpretazione della crisi, che credo, ormai, dopo quattro anni, si sia dimostrata del tutto inappropriata.

Non su tutto quello che ha detto Enrico Gragnoli sono d'accordo, ma penso abbia posto un altro problema molto serio: bisogna salvare tutte le singole imprese? Sull'abrogazione dell'art. 3 della l. n. 223/1991 ho una valutazione diversa dalla sua, però mi pongo, e qui collego queste considerazioni alla relazione di Leccese, il problema della coerenza dell'ordinamento; problema che mi pare sia ormai dimenticato, succubi come siamo di un furore ideologico che ci viene dall'esterno.

Aziendalizzare i sistemi di relazioni industriali, che è poi il contenuto di fondo dell'art. 8, in relazione al quale sono d'accordo con tutto quello che ci ha detto Leccese, è una tendenza non solo nazionale: c'è la legge spagnola, c'è la legge ungherese, ci sono documenti della Commissione europea che sollecita apertamente questo esito.

Gianni Loy ricordava che lo scopo di questa trasformazione sarebbe l'incentivazione della competitività delle aziende. Se, in adesione a questa prospettiva, facessimo tendere asintoticamente a zero il contratto collettivo nazionale, che risultato avremmo? La trasformazione della funzione del contratto collettivo, che non sarebbe più un regolatore del mercato del lavoro esterno. Ha ragione Gragnoli: perché dobbiamo salvare tutte le imprese? Perché un contratto nazionale che pone dei minimi salariali inderogabili non dovrebbe avere anche la funzione di mettere fuori mercato le imprese che allocano inefficientemente i fattori della produzione? L'art. 8 in sostanza serve a dire alle imprese: « Competete sulla compressione del costo del lavoro », cioè un invito che non è nell'interesse pubblico, per promuovere una competitività che non può durare, e che contrasta con altre iniziative e tendenze pur presenti nell'ordinamento.

Quindi, rilevo elementi di incoerenza della spinta all'aziendalizzazione del sistema contrattuale; e va osservato che, se portata alle estreme conseguenze, essa trasformerebbe la funzione delle organizzazioni sindacali, che perderebbero — nel nome della concorrenza al ribasso tra le singole imprese sul trattamento che ciascuna dà al fattore lavoro — il loro carattere confederale, la cui

logica profonda sta proprio nella solidarietà più larga tra lavoratori di imprese e categorie diverse.

Vengo all'osservazione della relazione di Vito Leccese che mi attribuisce un'intuizione, peraltro criticata da Liso. Credo che l'art. 39, comma 1, Cost. ponga un principio, mentre l'altro nucleo normativo costituito dai commi successivi ponga una regola, che ovviamente condiziona e in qualche modo deforma il principio nel momento in cui attribuisce implicitamente a qualche fonte eteronoma la determinazione dell'unità contrattuale, che è uno dei momenti fondamentali dell'autodeterminazione dell'interesse collettivo, e dunque della libertà sindacale.

Leccese ha ricordato che si può giustificare l'intervento eteronomo sui contenuti o sulla struttura della contrattazione, come fece la legislazione sui tetti, la quale interveniva su alcuni contenuti contrattuali *ma*, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in modo legittimo in quanto il legislatore intervenga temporaneamente e in ragione di un interesse pubblico.

Io credo, a differenza di Franco Liso, che in realtà l'intervento legislativo che ordini la struttura contrattuale secondo un criterio eteronomo, per esempio una norma che stabilisca una gerarchia tra un livello e l'altro, sia da ritenere certamente incostituzionale per violazione dell'art. 39, comma 1, Cost.: lo sarebbe perché l'unico limite che dobbiamo ritenere consentito dagli altri commi dell'art. 39 Cost. è quello finalizzato alla produzione di un effetto giuridico particolare, che di per sé l'autonomia contrattuale non permetterebbe, che è l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo.

Al di fuori della necessità di produrre quell'effetto, ritengo che un intervento eteronomo di tal genere non sarebbe legittimo. Se ne è discusso largamente a proposito della disciplina del lavoro pubblico: molti anni fa ho argomentato per qualche centinaia di pagine perché a mio giudizio il legislatore fosse andato oltre il limite del costituzionalmente consentito, e a quelle argomentazioni rinvio. Altri illustri colleghi — ricordo qui solo Garilli e Rusciano, anche perché Garilli lo ha ripetuto oggi — hanno al contrario sostenuto che l'intervento eteronomo sulla struttura della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico fosse indubbiamente legittimo, argomentando dalla rilevanza in materia dell'art. 97 Cost., che io avevo negato.

Senza riprendere quella discussione, osservo che oggi siamo

di fronte a un caso differente: al di fuori del cono d'ombra dell'art. 97 Cost. resta certamente l'interesse privato del singolo imprenditore a competere sul costo del lavoro, che è l'interesse tutelato dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011. Qui, a differenza dei casi che determinarono la giurisprudenza costituzionale sulla legislazione che poneva tetti alla contrattazione collettiva, mi parrebbe davvero ardito chi sostenesse l'esistenza di un qualsivoglia interesse pubblico, salva l'identificazione senza residui di ciò che è bene per ogni singolo imprenditore con il bene pubblico, che non mi pare la prospettiva della nostra Costituzione.

Se questo fosse considerato vero, occorrerebbe concludere che questo intervento, come ogni altro intervento simile sulla struttura della contrattazione collettiva, costituisca una violazione dell'art. 39, comma 1, Cost.

Sabato 9 giugno - mattina

REPLICHE

VITO LECCESE

Cercherò di contenere la replica nei tempi assegnati. Consentitemi però di rubare alcuni secondi per ringraziare il Professor Mazzotta e coloro che hanno collaborato all'organizzazione di questo Congresso, che, per quanto mi riguarda, è stato foriero di grandissima soddisfazione. Ho vissuto questo momento della mia vita accademica in un contesto particolarmente confortevole ed il ruolo degli organizzatori è stato essenziale.

Entro dunque nel merito delle questioni, anche se non potrò considerare molte delle osservazioni, anche molto puntuali, che sono state fatte sui diversi profili trattati nella mia relazione.

Ovviamente, i consensi fanno piacere; i dissensi, viceversa, aiutano a migliorare la riflessione. Il dissenso che ritengo più significativo è quello sul taglio scelto (in particolare, sulla rinnovata attenzione, in tempo di crisi, all'art. 39 Cost.), sui temi che, conseguentemente, sono stati trattati e su quelli che, invece, sono stati trascurati o lasciati sullo sfondo.

Orbene, è del tutto evidente che qualunque critica che segnala una carenza tematica è, di per sé, è una critica corretta: tutto ciò che non c'è, ... manca; dunque, non posso che essere d'accordo con coloro che me lo hanno fatto osservare. È altrettanto evidente, però, che una selezione andava compiuta e la mia scelta è stata quella di non cedere alla tentazione, pur costantemente incombente durante la stesura della relazione, di trattare tutti i profili potenzialmente implicati nella tematica generale che mi è stata assegnata. La scelta selettiva, pur faticosa, è stata da me operata in ragione del convincimento che fosse necessario scavar in maniera efficace e articolata un filone di riflessione che in questo momento, in questo dibattito, era a mio avviso indispensabile portare alla luce.

E se dovessi, oggi, compiere nuovamente la scelta, la riproporrei negli stessi termini, tanto più dopo aver ascoltato talune delle critiche che mi sono state rivolte.

Mi riferisco, in particolare, a quanti si sono interrogati sulla opportunità di « riscoprire » il ruolo impeditivo della seconda parte dell'art. 39 (che taluni studiosi non esitano a considerare “esteticamente” sgradevole o alla stregua di un reperto archeologico) rispetto ad operazioni legislative volte a fornire, mediante il coinvolgimento del soggetto collettivo, soluzioni concrete a problemi concreti. Mi riferisco, ancora, a due quesiti formulati dal prof. Perone, relativi, per un verso, alla correttezza di operazioni di recupero di una previsione costituzionale che, a lungo, i più avevano voluto considerare quale “relitto” da rimuovere e, per altro verso, all'idoneità dell'art. 39 Cost. a fornire un segnale di uscita dall'attuale impasse.

Partendo dal primo quesito, comprendo l'accorato appello, quanto meno implicito nelle parole del professor Perone, di evitare la riscoperta o la rievocazione spiritica (secondo l'immagine pure proposta dal *discussant*) di previsioni costituzionali “estinte” quando fa comodo. Concordo perfettamente; osservo però che la riflessione sulla seconda parte dell'art. 39 non si è mai fermata: a ridosso delle sentenze della Corte costituzionale che hanno in qualche misura sfiorato o direttamente affrontato la questione, in numerose monografie di colleghi che su di essa si sono confrontate, nella riflessione che d'Antona ci ha proposto sul finire degli anni '90, l'ultima sua riflessione, e infine, non si tratta di un'autocitazione, ma serve solo a giustificare le ragioni di un percorso che non nasce oggi, in un saggio che ho scritto a quattro mani con Umberto Carabelli nel 2005 (un percorso, insomma, tutt'altro che strumentale alla mera critica a quello che ho provato a definire come il fatto nuovo del nostro diritto sindacale, cioè l'art. 8, d.l. n. 138/2011).

Se mai, e soprattutto, quello che mi pare non si possa assolutamente accettare è che di una previsione costituzionale si possa dare un giudizio fondato sul gradimento estetico o possa essere liquidata osservando che essa obbedisce a ragioni di politica sociale non più attuali, come pure si è sostenuto nel dibattito degli ultimi tempi. Devo dire che questo piano di discussione mi pare davvero singolare e mi sento di respingere questo tipo di argomentazioni, che potrebbero trovare soddisfazione, in uno Stato democratico

come il nostro, solo mediante il procedimento di revisione costituzionale. Anch'io sarò un giurista arcaico, come il professor Mazzotta ha definito se stesso, ma pazienza.

Ciò non vuol dire rifiutare di leggere la regolazione costituzionale del contratto collettivo, da un lato, e la concreta scelta regolativa del legislatore del 2011, dall'altro, nel contesto del discorso sulla crisi. E però, come già desumibile dalle puntualizzazioni compiute nella parte iniziale della relazione scritta e che non ho avuto modo di riprendere nell'esposizione orale, mi limito qui a confermare che la prospettiva in cui mi sono mosso è sintonica con l'osservazione formulata ieri da Adalberto Perulli, che richiamava i rischi insiti nella tendenza a trasformare la "crisi" da categoria del discorso in dato acriticamente accettato e meccanicisticamente foriero di ineluttabili scelte (legislative o negoziali).

Su questo piano, mi limito a ribadire che l'art. 8, al pari di moltissime sollecitazioni provenienti anche dalla dimensione comunitaria, è perfettamente coerente con il tentativo (che non nasce certo con la crisi, anche se da essa trae indubbia linfa) di assecondare una chiara strategia del management in vista dell'affrancamento dai vincoli normativi: non mi interessa qui esporre un giudizio di valore, ma un'osservazione fattuale, della cui veridicità penso pochi possano dubitare. Se mai, va detto, se ne avessi avuto lo spazio, avrei forse potuto arricchire le mie osservazioni sul ruolo delle strategie comunitarie con quel dettaglio richiestomi da Silvana Sciarra. Ma, anticipato già nella premessa della relazione il nucleo essenziale del mio giudizio sull'aspetto testé rievocato, altra era la vera urgenza; altre le priorità che ho ritenuto di delineare. Ancora oggi, a costo di rinfocolare accuse di "asfittico provincialismo", resto convinto del fatto che il giurista, in presenza di prodotti legislativi che si pretende siano (o che sono presentati come) strumenti per garantire alle imprese di fronteggiare quella crisi, mediante il coinvolgimento del soggetto collettivo e della sua opera di mediazione di interessi, non possa sottrarsi al compito di valutare anzitutto la loro compatibilità costituzionale.

Se mai, con maggiore rammarico ho dovuto rinunciare a dialogare con ulteriori percorsi intellettuali, anche recenti, almeno in parte sintonici con la prospettiva di assecondare la predetta strategia manageriale; penso, ad esempio, alla interessante riflessione di Roberto Romei che, tornando a ridiscutere dell'opera di Vardaro, argomenta (in senso opposto rispetto alla posizione ripropo-

sta ieri dal prof. Rusciano) la sua adesione alla posizione secondo cui il contratto collettivo sarebbe liberamente derogabile da parte di quello individuale. Al di là dell'argomento tecnico, sul quale non ho naturalmente qui modo di soffermarmi, è però chiaro, a mio avviso, quale sia l'esito, se non la finalità, di questo tipo di operazione intellettuale.

Detto ciò e venendo, quindi, al merito di parte delle questioni da me affrontate nella relazione, credo di non tradire il pensiero del prof. Perone, se interpreto le sue parole come un'accusa nei confronti della limitatezza di qualunque operazione che non vada oltre la rievocazione del ruolo di sbarramento dell'art. 39 rispetto ad ipotesi di attuazione dell'*erga omnes*. Mi pare però che il mio tentativo sia stato comunque un altro: quello di verificare, in dialogo con gli scritti di Rusciano e D'Antona, la possibilità di fornire un'interpretazione adeguatrice dell'art. 8, d.l. n. 138, che avesse come premessa il recupero del significato della previsione costituzionale, pur superando invece l'ostacolo del suo significante (secondo la prospettiva richiamata ieri dal prof. Rusciano).

In proposito, ribadisco invero la posizione espressa nella relazione (e Franco Liso e Umberto Carabelli confermavano ieri che questa è anche la loro posizione) circa la necessità di attuare l'art. 39 nel rispetto delle forme, della procedura del medesimo, e non solo "per equivalenti".

Cionondimeno, giocando di anticipo su quelli che potrebbero essere gli sviluppi del futuro dibattito, non ho inteso sottrarmi al tentativo di riflettere sul contenuto minimo di qualunque proposta ricostruttiva che parta invece dalla premessa opposta, e ho così provato ad individuare, anzitutto, alcuni indispensabili elementi che, a mio avviso, devono intendersi come componenti essenziali del "nocciolo duro" della previsione costituzionale; calandomi in questa prospettiva, ho quindi provato a proporre delle coerenti soluzioni interpretative di un dato normativo che, piaccia o no, è in vigore, e sul quale era inevitabile confrontarsi.

Da questo punto di vista, nella mia analisi ho ritenuto anche indispensabile far dialogare l'accordo interconfederale Confindustria - Cgil, Cisl, Uil del giugno 2011 e l'art. 8, soprattutto evidenziando una rilevante differenza relativa alle modalità attraverso le quali essi ottengono il risultato dell'*erga omnes* delle intese derogatorie. Si tratta di un profilo che ho relegato al testo scritto e non ho esposto oralmente, sul quale sono però tornati alcuni col-

leggi (in particolare, Franco Liso, che mi ha posto una specifica questione che merita risposta).

All'interno dell'accordo interconfederale, il meccanismo di imputazione degli effetti del contratto aziendale sul rapporto individuale, anche dei lavoratori dissenzienti, non poggia le sue basi sul processo di formazione dell'accordo (e quindi sulla sottoscrizione dell'RSU, ovvero, in caso di sottoscrizione di RSA, sulla possibilità che si tenga un referendum); tale meccanismo è invece pur sempre basato su quel supporto privatistico, costantemente rievocato dalla giurisprudenza, consistente nella volontaria accettazione, da parte del lavoratore non iscritto, del sistema negoziale di livello superiore, come fonte di produzione di norme che si applicano anche al suo rapporto. Là dove questa fonte di produzione contenga, come spesso accade, rinvii al secondo livello negoziale ovvero, come nel caso di specie, clausole "di uscita" dalle tutele da essa stessa fissate, il lavoratore non potrà evidentemente sottrarsi dagli esiti derivanti dalla conseguente attività negoziale condotta al secondo livello. Ebbene, con specifico riferimento alle previsioni dell'AI, nel momento in cui l'accordo derogatorio sarà sottoscritto nel rispetto delle finalità, delle procedure e dei limiti posti dall'AI medesimo, a loro volta veicolati all'interno dei contratti di categoria applicati al rapporto di lavoro anche del non iscritto, quest'ultimo non potrà poi sottrarsi all'efficacia dell'intesa derogatoria che giunga quale esito ultimo di un processo pienamente governato dal sistema contrattuale.

Questo vuol dire che all'interno di altri sistemi negoziali, diversi da quello confindustriale (penso, ad esempio, all'accordo quadro ABI sugli assetti contrattuali dell'ottobre 2011), il processo di formazione dell'accordo derogatorio di secondo livello possa essere anche significativamente diverso (e non sia, ad esempio, contemplato alcun ruolo per rappresentanze elettive unitarie, né sia previsto il referendum), senza che ciò incida minimamente sul meccanismo di imputazione degli effetti appena descritto.

La prospettiva, evidentemente, cambia radicalmente quando l'interprete si trovi a ricercare una lettura adeguatrice dell'art. 8, d.l. n. 138, che ammetta (pur non concedendolo) la configurabilità di un'attuazione "per equivalenti" della seconda parte dell'art. 39 Cost.

A questo specifico fine, infatti, le modalità di formazione dell'accordo di secondo livello che si pretenda di estendere *erga om-*

nes non sono più indifferenti, ma devono essere coerenti con quella ricerca. Anche se è evidente, per inciso, che il problema si ponga solo allorché l'accordo di secondo livello sottoscritto ai sensi dell'art. 8 "ecceda" rispetto ai limiti quali-quantitativi autonomamente fissati, con riferimento alle intese derogatorie, dal sistema di contrattazione collettiva di riferimento; qualora tali limiti siano rispettati, infatti, il meccanismo di imputazione degli effetti più sopra ricordato risulta autosufficiente ai fini di garantire la tenuta delle deroghe.

Ebbene, in tutti i casi nei quali l'opponibilità ai singoli delle intese derogatorie si basi unicamente sulla portata regolativa dell'art. 8 (o, se preferite, allorché un accordo decentrato "riceva" il *dono dell'erga omnes* direttamente dal legislatore), diviene indispensabile interrogarsi su quale *debba* essere il contenuto minimo del processo di formazione dell'accordo, affinché la lettura adeguata cui facevo cenno possa ritenersi soddisfatta. In tali casi, non è più importante il contesto di riferimento, non è più importante che si sia all'interno del settore confindustriale, del commercio o delle banche; in questa diversa prospettiva, è necessario che il "nocciolo duro" dell'art. 39, ricostruito secondo le coordinate che io ho provato a prospettare, sia rispettato. E qui, gli strumenti di partecipazione dei lavoratori non iscritti al processo di formazione dell'atto (mediante il referendum), ovvero, preventivamente, attraverso le elezioni delle rsu, divengono presupposto indispensabile — come ho provato ad argomentare — al fine di riempire di contenuti il "principio maggioritatio" pur sempre richiesto dal legislatore ordinario.

Ma davvero su questo mi fermo e vi ringrazio.

MARIA TERESA CARINCI

Il dibattito di questi giorni è stato per me veramente ricco di stimoli e per questo ringrazio tutti: i molti colleghi che sono intervenuti e gli organizzatori.

Vi anticipo già che nel poco tempo a mia disposizione non riuscirò a replicare alle molteplici sollecitazioni; mi concentrerò dunque sulle quelle che hanno riguardato la flessibilità in uscita, che del resto ha costituito il « cuore » della mia relazione.

Mi sembra che gli interventi alla mia proposta ricostruttiva circa il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. abbiano implementato il dibattito su due piani: quello delle valutazioni politiche e quello delle valutazioni tecniche.

Quanto al primo, ho registrato una consonanza fra il mio pensiero e quello di molti interventori, a partire dai due *discussant* — Maria Vittoria Ballestrero e Mario Napoli — a cui hanno fatto seguito molti altri, fra i quali voglio ricordare in particolare: Adalberto Perulli, Gianni Loy, Oronzo Mazzotta e Valerio Speciale.

Diffusa è l'idea, prima di tutto, che le ragioni dell'economia non possano e non debbano imporsi al diritto del lavoro in un rapporto deterministico causa-effetto, ma debbano essere mediate da scelte politiche, ossia di valore. Ma, anche volendo dare il massimo risalto alle esigenze economiche, molti, come me, dubitano che la diminuzione delle tutele per il licenziamento costituisca una scelta utile e tanto meno obbligata, di fronte alla crisi e in senso più ampio di fronte ai problemi del mercato del lavoro italiano. Significativamente Maria Vittoria Ballestrero ci ha ricordato il caso spagnolo: la Spagna ha intrapreso ormai da tempo la strada dell'affievolimento delle tutele, anche in uscita dal rapporto, ma è sotto gli occhi di tutti come ciò nonostante non sia riuscita così a risolvere i problemi del proprio mercato del lavoro!

Non si può non ricordare come secondo una parte degli economisti, fra i quali Paul Krugman — come ha sottolineato ieri Marco Barbieri — la stessa crisi economica che ha avuto inizio nel

2008 sarebbe stata innescata dalle crescenti disuguaglianze nel mercato del lavoro americano, che avrebbero determinato una caduta dei consumi e, di conseguenza, una crescita modesta e così un aumento dell'indebitamento privato. Alla base di tutto il processo che ha condotto alla crisi attuale vi sarebbe, dunque, la diminuzione delle protezioni dei lavoratori nel mercato e la conseguente diminuzione dei salari. Ma se le cose stanno così, si può fondatamente dubitare che la diminuzione delle tutele dei lavoratori costituisca un buon rimedio per uscire dalla crisi.

Insomma, sul piano delle valutazioni di politica del diritto mi pare sia condivisa l'idea che l'allentamento delle tutele in uscita dal rapporto non costituisca la giusta soluzione per i problemi che affliggono il nostro mercato del lavoro.

Sul piano delle valutazioni giuridiche, invece, molte sono state, da prospettive diverse, le osservazioni critiche alla mia proposta interpretativa del nuovo testo dell'art. 18 st. lav. Provo a condensarle.

Si è detto prima di tutto — ricordo il bell'intervento di Pietro Ichino — che la mia interpretazione della norma statutaria confligge in modo irrimediabile con la *ratio* della legge di riforma, che vuole porre al centro del sistema la tutela indennitaria e relegare ad eccezione la tutela reintegratoria.

Certo non posso negarlo: la mia è una interpretazione che conserva al centro del sistema la tutela reale. Ma non si tratta di un'interpretazione avulsa dal testo normativo, al contrario: essa si radica su precisi dati testuali ed, in particolare, su quella inequivoca indicazione contenuta nel primo comma del nuovo testo dell'art. 18 st. lav. che dispone l'estensione della « tutela reale piena » anche al caso del licenziamento disposto per motivo illecito determinante a norma dell'art. 1345 c.c. Dunque, anche se si può convenire sul fatto che l'obbiettivo del legislatore storico fosse nel senso di diminuire in modo drastico le tutele per il lavoratore, com'è possibile per l'interprete valorizzare a tal punto gli obiettivi dichiarati della riforma da superare un preciso dato testuale ed ignorare quella inequivoca estensione dell'area di applicazione della « tutela reale piena » che il nuovo testo dell'art. 18 st. lav. — con il richiamo al licenziamento determinato da motivo illecito — indubitabilmente contiene? Licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito, infatti, rivestono identica struttura — sono entrambi caratterizzati da causa illecita — e si diffe-

renziano unicamente perché solo il primo è caratterizzato da una causa illecita (discriminatoria) tipica, mentre il secondo comprende ogni causa illecita atipica in contrasto con il sistema complessivamente considerato. E quali mai saranno queste ragioni illecite, diverse dalle ragioni discriminatorie, se non tutte quelle ragioni legate a caratteristiche personali del lavoratore non rilevanti per una efficace gestione dell'organizzazione e, dunque, diverse dalla giusta causa e dal giustificato motivo soggettivo e oggettivo?

In ogni caso — mi preme sottolinearlo — la proposta ricostruttiva da me avanzata non elide completamente le tutele minori (la « tutela reintegratoria attenuata » e la « tutela indennitaria forte »), anche se certo non assumono quella centralità da altri auspicata: nel caso del licenziamento per motivi soggettivi le tutele minori potranno trovare applicazione in molti casi e cioè tutte le volte che ricorra un inadempimento del lavoratore « meno che notevole » e dunque insufficiente per licenziare.

Certo, la lettura che ho proposto del nuovo testo normativo si incentra su una specifica nozione di causa dell'atto di licenziamento, intesa come sintesi degli interessi che l'atto mira a soddisfare. Al riguardo Paolo Tosi ha obiettato che quella nozione di causa ripropone un modello « funzionalista anni '50 » che, se aveva una ragion d'essere in quegli anni quando il problema da risolvere era quello di arginare il generale principio di licenziamento *ad nutum*, oggi non l'ha più. Io però mi chiedo e gli chiedo: se noi conveniamo — come fa tutta la dottrina civilistica — che gli atti unilaterali sono necessariamente atti tipici e dunque devono necessariamente essere sorretti dalla causa tipica prevista per ciascuno di essi dall'ordinamento, quale sarebbe mai la causa di un atto di licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo o oggettivo? Cosa ne giustificherebbe gli effetti in assenza dell'unica causa ammessa dall'ordinamento e cioè la causa tipica (giusta causa e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo, appunto)? Nella mia lettura, che porta ad una totale coincidenza fra licenziamento discriminatorio o determinato da motivo illecito e licenziamento ingiustificato, questo problema non esiste: il licenziamento, in quanto atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale, deve essere sorretto dalla causa tipica (giusta causa o giustificato motivo soggetto o oggettivo); diversamente è privo di causa e dunque atipico e — in conseguenza del principio di tipicità degli atti unilaterali — inevitabilmente illecito.

Né — io penso — si esce dall'*impasse* sostenendo che la causa non consiste nella sintesi degli interessi che l'atto mira a soddisfare, ma nella sintesi degli effetti e, dunque, per l'atto di licenziamento nell'effetto estintivo. Ragionare in questi termini vuol dire precludersi irrimediabilmente la possibilità di sindacare l'illiceità della causa di qualunque atto tipico ed anche, nel caso qui in esame, del licenziamento. Ogni licenziamento infatti, è caratterizzato dall'effetto estintivo e dunque, paradossalmente, neppure un licenziamento determinato da ragioni discriminatorie potrebbe, in questa logica, essere affetto da illiceità della causa.

Infine diverse sono state le osservazioni sulla nozione di discriminazione da me accolta. Certo ove si adottasse una nozione di discriminazione diversa la mia ipotesi interpretativa cadrebbe. Così per es. Maria Vittoria Ballestrero propone una nozione « relazionale » di discriminazione che includa nella propria struttura la disparità di trattamento. Accogliere una simile nozione di discriminazione preclude, però, la possibilità di dare tutela al lavoratore colpito da un atto datoriale sorretto da una ragione discriminatoria specificamente vietata nell'ipotesi in cui sia l'unico dipendente di quel datore di lavoro (l'unica lavoratrice licenziata perché donna, l'unico lavoratore licenziato perché iscritto ad un partito politico ecc.). Non mi sembra che un simile esito sia conforme con un sistema che, come il nostro, pone al centro il valore della persona non solo umana ma anche del lavoratore (art. 2 Cost.).

Rimango dunque convinta che il licenziamento discriminatorio (così come del resto il licenziamento determinato da motivo illecito che è caratterizzato da identica struttura) sia affetto da una patologia della causa e cioè volto a perseguire interessi non conformi all'ordinamento.

Se rimango convinta dell'identità di struttura fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito, tuttavia non credo sia da sottovalutare l'indicazione strategica — avanzata fra gli altri da Andrea Lassandari e Gisella De Simone — di tenere distinte tali figure nella riflessione. In tal modo forse sarà effettivamente più facile raggiungere l'esito interpretativo da me proposto e cioè quello di conservare l'area di applicazione della « tutela reale piena ».

Infine voglio spendere qualche parola sulle prospettive che abbiamo davanti.

Mario Napoli nel suo forte e appassionato intervento di ieri

auspicava che ci fosse ancora il tempo per rivedere il testo normativo in gestazione e per evitare la riforma dell'art. 18 st. lav. Io temo però che siamo ormai fuori tempo massimo. Ma se il Governo riuscirà a portare a compimento la riforma, quale è lo scenario che ci attende?

Credo che avremo davanti un periodo di grande incertezza in cui si scontreranno diverse e spesso antitetiche interpretazioni della norma statutaria. Se a ciò si aggiunge che con tutta probabilità il nuovo rito previsto dalla riforma — come ci ha illustrato ieri il Presidente Luigi De Angelis — non abbrevierà i tempi processuali e che i giudici adotteranno almeno in parte la lettura che vuole porre al centro del nuovo sistema le tutele indennitarie, è evidente che a partire dal prossimo futuro maggiori saranno i costi del licenziamento che graveranno sul lavoratore. Tutto ciò mentre la crisi, la disoccupazione e la marcata segmentazione del lavoro continuano a montare una tensione sociale che rischia di diventare difficilmente contenibile.

Non mi sento dunque di essere molto ottimista.

Con la mia interpretazione dell'art. 18 st. lav. *in itinere* ho cercato di ridurre l'impatto — a mio parere negativo — della nuova norma statutaria valorizzando quei dati che nel contesto della nuova formulazione della norma ed in coerenza con i vincoli imposti dal sistema mantengono la più forte tutela in capo al lavoratore licenziato.

Come ha scritto Massimo D'Antona: « non esistono *in rerum natura* né contratti né tantomeno rapporti di lavoro, ma solo i lavoratori. Sono le persone in carne e ossa che dobbiamo avere in mente nel momento in cui elaboriamo le costruzioni giuridiche ».

È proprio questo quello che ho cercato di fare.

ENRICO GRAGNOLI

Chiarissimi Professori e cari amici,
mi associo ai ringraziamenti al prof. Mazzotta e ai suoi collaboratori per l'eccellente organizzazione del convegno, ci siamo trovati bene a Pisa. Ne avrò un ricordo molto positivo, non solo per le soddisfazioni che ho ricavato dalla relazione. Sono stati giorni piacevoli. Avendo ospitato di recente una iniziativa del genere, so quanto sia complessa la sua impostazione; a maggiore ragione, credo di dovere ringraziare con grande affetto gli amici pisani.

C'è stato un minimo di malumore o di delusione, da parte degli esperti del diritto della previdenza sociale, agguerriti e pronti a dibattere con me; non sono stati nella condizione di parlare per problemi di tempo. D'accordo con il prof. De Luca Tamajo, non solo perché ho piacere di dialogare con loro, ma anche perché mi serve per stendere la parte finale della relazione, li invito a fare un seminario di approfondimento a Parma prima dell'estate, così che possano svolgere gli interventi non proposti qui.

La mia replica è breve; in buona parte, le critiche sono mancate per il grande numero degli interventi sui temi affrontati dal prof. Leccese e dalla prof.ssa Carinci. Solo tre o quattro profili sono emersi, soprattutto dalle parole del prof. Liso e del prof. Sandulli. Si è indagato su che cosa significhi crisi e sui suoi lineamenti; una concezione strutturale è emersa come dominante, in sintonia con le mie idee. Tali prospettive dovrebbero fare riflettere il legislatore, che non può pensare di attenuare o risolvere la situazione di emergenza con interventi sul rapporto di lavoro o sulla sua estinzione.

Un intervento interessante è stato quello della dott.ssa Vimercati, la quale ha richiamato l'attenzione sul fatto che la complessità della crisi e il suo impatto porterebbero a una disarticolazione dei nostri strumenti di analisi tecnica, imponendo una riflessione adeguata ai fenomeni. Il prof. Proia si è chiesto se il diritto del lavoro sia responsabile delle difficoltà attuali. Quello della si-

curezza sociale un po' lo è, perché gli oneri sulla finanza pubblica esistono; lo accennava il prof. Loi. Nonostante tali costi siano rilevanti, non vi è una sorta di inderogabile obbligo istituzionale di ridurli; si introdurrebbe così un inaccettabile nesso di causalità, che limiterebbe l'esplicarsi della ragione critica. A essa spetta trovare la soluzione migliore.

Nonostante le obiezioni ricevute, sono poco persuaso della saggezza dell'intervento recente sulle pensioni di anzianità; esse hanno avuto un pesante impatto finanziario, ma, negli ultimi anni, e non solo, la grande maggioranza delle procedure di mobilità concluse con successo e senza un contenzioso esasperato ha privilegiato il cosiddetto criterio della volontarietà, cioè l'accesso facilitato al godimento della pensione di anzianità. Dal punto di vista delle compatibilità di bilancio, che esulano dalla nostra capacità di indagine accurata, l'intervento sulle pensioni poteva essere indispensabile, ma mi chiedo se si sia riflettuto sul fatto che, così, si è eliminato lo strumento più utilizzato, almeno da dieci anni a questa parte, per la soluzione delle principali emergenze aziendali. È stato il meccanismo più pacifico, che ha creato minori tensioni sociali, considerato con particolare favore dalle imprese e dalle associazioni sindacali. La trasformazione ha avuto luogo mentre una larga parte delle procedure erano in corso. Dal punto di vista strategico, si attribuiscono alle pensioni colpe, forse vere, con riguardo al disequilibrio del bilancio pubblico; però, è singolare la loro eliminazione senza che si siano considerate le implicazioni sul mercato del lavoro.

In contrasto con convinzioni diffuse, non esiste un problema di persone che perderebbero in modo simultaneo il diritto alla pensione e la loro collocazione professionale; il dibattito sulla disciplina transitoria non ha molto senso. Se i lavoratori avessero stipulato una transazione sulla base di convinzioni vanificate dalla successiva modificazione della disciplina sui presupposti di godimento del trattamento pensionistico, sarebbe comunque possibile invocare la presupposizione.

Non ho detto, né penso che il mercato sia razionale; però, esiste. Mi sono guardato dall'affermare che la selezione delle imprese operata dal mercato sia in nome della ragionevolezza; tuttavia, gli strumenti di tutela del reddito non possono prescindere dalla considerazione, anche banale, per cui non tutte le imprese possono superare le attuali difficoltà. Tutto ciò non è affatto al-

l'insegna di un merito assoluto dei futuri vincitori in questa competizione drammatica; come il mercato esiste, così anche la disciplina degli strumenti di tutela del reddito deve muovere dal riconoscimento del carattere strutturale della crisi. In difetto, possiamo immaginare alcuni lavoratori beneficiari imperituri di posizioni di salvaguardia del loro reddito, mentre altri sarebbero esclusi in modo stabile, in contrasto con ovvi principi di giustizia.

Non c'è contraddizione nel contestare la logica del reddito di cittadinanza e nell'invocare un principio universalistico. Tale criterio si deve applicare alla protezione del solo reddito da lavoro; definito l'ambito, il canone universalistico rimane centrale. Il prof. Liso ha difeso i provvedimenti normativi in corso di approvazione sostenendo che, per gli interventi successivi all'estinzione del rapporto, ci sarebbero rafforzamenti della logica universalistica; ha risposto in modo incisivo il prof. Passalacqua ricordando che centinaia di migliaia di lavoratori, avendo stipulato contratti di lavoro autonomo, veri o pretesi, sono esclusi dalle nuove forme di salvaguardia. Non c'è universalità se non si considera il lavoro nel suo complesso e, quindi, anche quello autonomo, vero o preteso.

Merita accennare al cosiddetto principio di convenzionalità. Era scontato che il prof. Sandulli e il prof. Liso lo avrebbero difeso in modo energico. Lo sapevo avendo letto i loro scritti. L'opposta argomentazione del prof. Barbieri, a sostegno della mia relazione, è stata convincente. Come ha detto in modo brillante il prof. Napoli, uno Stato come il nostro si deve dotare di efficaci politiche attive dell'occupazione. Ricordo la relazione di Firenze del prof. Grandi; forse per una delle prime volte, in tale occasione si è fondata la categoria delle politiche attive. Proprio il prof. Napoli mi ha suggerito di mettere in luce questo aspetto, per la forza con cui il prof. Grandi ha posto all'attenzione del dibattito scientifico il tema delle politiche attive.

Per funzionare, esse devono avere un carattere promozionale. Come ha rilevato il prof. Barbieri, facendo riferimento alla sua esperienza di assessore regionale, bisogna trovare il posto di lavoro giusto per l'impresa giusta. Tale sforzo solleva dei problemi significativi, rispetto al principio di imparzialità della pubblica amministrazione e al criterio di buon andamento; tuttavia, se non vi fosse questa logica promozionale, si cadrebbe nel ridicolo. La coazione a lavorare non funziona; interessa poco distinguere fra un

obbligo o un onere. La ricerca della collocazione professionale deve partire da una dimensione promozionale e da un elemento di spontaneità. Solo così le politiche attive possono avere successo, se saranno organizzate meglio di quanto accada ora.

A prescindere dal fatto che si identifichi un onere o un obbligo del lavoratore che gode della tutela del reddito, l'applicazione del principio di condizionalità non è la strada per la riqualificazione del lavoro e della persona. Occorre prevedere strumenti di protezione equilibrati, che, sulla base di valutazioni comunque libere, inducano a cercare una diversa collocazione professionale, con l'aiuto della pubblica amministrazione. Se mi si permette, tale libertà non deriva solo dai criteri costituzionali, ma, ancora prima, da un più generale canone di buon senso, al quale si deve ispirare qualunque iniziativa con prospettive di esito positivo. La riqualificazione professionale deve essere spontanea.

Grazie.

COMUNICAZIONI

ALESSANDRO BELLAVISTA

Riforma Fornero e autonomia collettiva.

La cosiddetta « riforma Fornero », ovvero la l. 28 giugno 2012, n. 92, è sicuramente una normativa estremamente complessa, in cui confluiscono varie *rationes*, anche tra loro contraddittorie. Solo l'applicazione concreta e i pronunciamenti della giurisprudenza saranno in grado di illuminare un testo che, in molte parti, specie laddove novella l'art. 18 st. lav., appare alquanto oscuro.

In questa sede, vanno sottolineati alcuni aspetti senza dubbio apprezzabili della nuova legge. Il primo è quello che la normativa segna una svolta, rispetto alla precedente stagione del centro-destra, quanto ai rapporti tra legge e autonomia collettiva nella gestione delle dosi di flessibilità da immettere nel sistema. Si pensi al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Qui vi sono molteplici rinvii al potere regolativo dell'autonomia collettiva, ma sono affiancati alla possibilità, per il datore, di avvalersi immediatamente della disciplina legale. Oppure, se l'autonomia collettiva resta inattiva, scatta il potere sostitutivo di regolazione dell'autorità amministrativa.

Nella « riforma Fornero », invece, si coglie la tendenza al recupero della tradizione classica dei rapporti tra legge e autonomia collettiva, laddove la contrattazione collettiva è chiamata ad intervenire su varie materie allo scopo di attuare e/o integrare le direttive legislative.

Quest'impostazione è nettamente percepibile nella parte in cui la legge affida alla contrattazione collettiva il potere di stabilire, in presenza di determinate condizioni, un contingente percentuale di contratti a termine acausali, di ridurre gli intervalli legislativi per la successione di contratti a termine, di individuare le

prestazioni di elevata professionalità escluse dalla presunzione che riconduce al lavoro subordinato tutte le collaborazioni la cui attività sia svolta, appunto, con modalità analoghe a quella dei lavoratori dipendenti. È così chiaro lo stimolo dell'intervento collettivo a governare la miscela di flessibilità da inserire nel contesto di riferimento, bilanciato dall'assenza di alternativa alla decisione adottata dagli attori collettivi. Di conseguenza, grazie al sostegno del legislatore, è possibile evitare negoziazioni meramente al ribasso, e di giungere ad accordi che realizzino uno scambio equilibrato tra le contrapposte esigenze dei datori e dei lavoratori.

La riforma, però, non è lineare nell'indicazione dei livelli contrattuali cui è delegato il potere normativo. Infatti, la competenza è variamente distribuita. Si fa riferimento: alle previsioni dei « contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ... in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati »; ai « contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale »; al « contratto collettivo aziendale »; agli « accordi tra datori di lavoro che impieghino mediamente più di quindici dipendenti e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello aziendale ».

Nemmeno è sempre lineare la selezione dei soggetti sindacali cui è attribuito il potere normativo. Prevalente è il richiamo al criterio della maggiore rappresentatività comparata misurata sul piano nazionale. Ma talvolta questa rappresentatività è ancorata al settore o non viene affatto a galla oppure la si lega al contesto aziendale. È auspicabile che le parti sociali agiscano in modo tale da ricondurre la distribuzione delle competenze regolative al quadro delineato dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e la misurazione della rappresentatività al criterio della maggiore rappresentatività comparata sul piano nazionale, anche grazie ad un ulteriore intervento di sostegno legislativo e/o interpretativo attraverso la normativa amministrativa.

Resta altresì controverso il profilo dei rapporti tra la nuova legislazione di rinvio all'autonomia collettiva e il noto art. 8 della l. n. 148/2011 che allarga, *ad libitum*, i poteri derogatori della contrattazione di secondo livello (cosiddetta contrattazione collettiva di prossimità). È ragionevole ritenere che, qualora la l. n. 92/2012 faccia esplicito riferimento alle scelte della contrattazione collet-

tiva in ordine ai livelli delegati, si realizzi una neutralizzazione del suddetto art. 8. Negli altri casi la questione rimane incerta e va segnalata l'opportunità di una parola chiarificatrice del legislatore.

Altro punto da sottolineare è la direzione della riforma verso la promozione di un ampliamento dello spazio di azione della contrattazione collettiva al di là del lavoro subordinato. Ci si riferisce alla sperimentazione di una forma di salario minimo legale per i collaboratori a progetto genuini che trova giustificazione nella circostanza che i compensi di costoro risultano normalmente molto bassi. Infatti, il novellato art. 63 del d.lgs. n. 276/2003 prevede come termini di riferimento dei salari minimi legali le soglie fissate dalla contrattazione collettiva « specifica » per i collaboratori a progetto. Se manca questa contrattazione « specifica », allora verranno utilizzati i minimi retributivi stabiliti dai contratti collettivi per i lavoratori subordinati comparabili.

Così, grazie all'intervento legislativo, la contrattazione collettiva è incentivata ad occuparsi di questioni che vanno al di fuori del suo tradizionale campo operativo. E ciò trova già riscontro nelle attuali prassi di alcuni settori, laddove si sta sviluppando una contrattazione detta inclusiva che, pur a fatica, cerca di affermare anche varie tipologie di lavoratori non subordinati, escogitando per loro adeguate tutele. Il che dimostra come sia scongiurato il pericolo di un *de profundis* per l'autonomia collettiva e che sono infinite le strade per tutelare la persona che lavora.

PAOLA BOZZAO

Le riflessioni che intendo proporre prendono spunto dalla relazione del prof. Gragnoli, incentrata sulla constatazione della insufficienza dell'attuale sistema di sostegno al reddito in presenza di una situazione di crisi strutturale, che richiederebbe un ripensamento globale sul senso dell'azione pubblica. In diversi passaggi la relazione evidenzia la condivisibile necessità di un assetto universalistico delle tutele, in un sistema impreparato a proteggere, tra gli altri, i lavoratori occupati con tipologie contrattuali flessibili, tanto nell'area dell'autonomia che della subordinazione. Più marginale mi pare, viceversa, l'attenzione verso la posizione degli inoccupati, di coloro cioè che — pur aspirandovi — non hanno ancora avuto ingresso nel mercato del lavoro; un'attenzione, questa, presente in sede di riflessione iniziale sull'assetto della riforma del mercato del lavoro, ma che non ha poi trovato spazio di realizzazione nella l. n. 92/2012 (maggiormente orientata verso un tentativo di omogeneizzazione delle tutele, piuttosto che ad una loro universalizzazione).

Focalizzando la mia attenzione su tale profilo della relazione, mi sembra che la « universalizzazione » che l'A. prospetta non sia, in fondo, incompatibile con una lettura attualizzata dei principi costituzionali, sottesi agli artt. 4 e 38 della Carta costituzionale, dalla quale far discendere un netto principio di laboriosità. Sintetizzando al massimo posizioni che ho avuto modo di illustrare altrove in modo più compiuto (1), e nello sforzo — efficacemente invocato ieri dal prof. Rusciano nel dare avvio al dibattito — di individuare prospettive di intervento più ampie e riformiste, ovviamente compatibili con il nostro sistema costituzionale, ritengo infatti che sia possibile individuare, rileggendo i principi costituzio-

(1) BOZZAO, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 132/2011, 589 ss.

nali da ultimo richiamati e la nozione di lavoro/lavoratori in essi contenuta, una base giuridica capace di estendere le tutele protettive (contro il rischio di marginalità/esclusione sociale) a tutti coloro che, sussistendo le condizioni di abilità, si mostrino disponibili a partecipare attivamente al progresso materiale o spirituale della società.

Mi sembra cioè che, anche alla luce dell'assetto normativo e giurisprudenziale in via di formazione nel contesto sovranazionale, il nostro sistema di sicurezza sociale dovrebbe superare la tradizionale distinzione tra previdenza ed assistenza sociale ed orientarsi piuttosto verso la « dicotomia alternativa (...) tra abili e inabili al lavoro » (2) enunciata nell'art. 38 Cost., che solo ai secondi, se privi di mezzi, riserva il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale; con il rischio di vedere esclusi da ogni forma di tutela gli abili al lavoro, involontariamente ai margini dal sistema produttivo, seppure ben disponibili ad entrarvi.

Ferma restando la del pari necessità di tutelare la posizione degli « inabili al lavoro », l'assetto protettivo del sistema di *welfare* dovrebbe — a mio avviso — essere orientato verso i privi di lavoro « senza colpa » (disoccupati di lungo periodo, i sottoccupati, i giovani inoccupati), che premono per vedersi garantito il diritto, costituzionalmente riconosciuto, ad essere inclusi, ad essere cioè effettivamente partecipi — in nome del principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma 2, Cost. — della vita economica, politica e sociale del Paese. Il che non comporta necessariamente l'abbandono della prospettiva di un « welfare lavoristico », ma piuttosto la sua ricalibratura « in chiave universalistica » sulla base di attualizzate nozioni di « lavoro » e di « lavoratore », capaci di estendere la propria capacità inclusiva non solo verso coloro che hanno visto risolto/sospeso un precedente rapporto di lavoro, ma anche a tutela di quanti, pur non avendo mai avuto accesso al sistema produttivo o essendone stati espulsi ormai da lungo tempo, mostrano concreta disponibilità ad entrarvi.

In linea con le tendenze evolutive tanto dell'ordinamento europeo, tanto di molti sistemi di *welfare* oltre confine (sicuramente la Francia, ma pensiamo anche alla posizione del *jobseeker* in Ger-

(2) ALES, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in *Rass. dir. pubb. europeo*, 2/2008, 213.

mania), la laboriosità ben potrebbe assumere la configurazione di un nuovo criterio selettivo di accesso alle tutele di cittadinanza sociale, secondo una visione integrata del sistema che — in ragione del carattere aperto della norma — non altera il precetto contenuto nell'art. 38 Cost., ma piuttosto in esso rinviene un puntuale referente costituzionale, in coerente attuazione del disposto dell'art. 4, Cost. In un sistema in cui il raggiungimento della piena occupazione è divenuto ormai un obiettivo remoto, la predisposizione di misure di reddito minimo rivolte agli abili involontariamente privi di lavoro potrebbe rinvenire un solido fondamento giuridico nella norma da ultimo richiamata e, in particolare, in quel « dovere del lavoro » enunciato nel suo secondo comma, da assolversi con l'esercizio di — ma anche con la mera disponibilità a svolgere — ogni attività ritenuta utile per la collettività (3).

Avviandomi alla conclusione, mi sembra che un possibile percorso, idoneo a tutelare anche la posizione dei soggetti inoccupati, potrebbe allora essere rinvenuto nella introduzione di misure di sostegno non contributive destinate a fornire un reddito minimo, in via suppletiva o complementare, al verificarsi dell'evento disoccupazionale. Senza operare alcuna « equiparazione forzata tra assistenza e previdenza », ma proprio in virtù del carattere aperto del precetto di cui all'art. 38 Cost. — che non esclude la possibilità, per il legislatore ordinario, di delineare figure speciali di intervento sociale, secondo un modello « atipico » rispetto a quelli tradizionali delineati dai primi due commi della stessa norma — tale strada potrebbe essere tecnicamente sostenuta se il rischio della disoccupazione involontaria, di cui al secondo comma, fosse inteso quale evento connesso non a semplici scelte individuali, quanto piuttosto alle « condizioni oggettive del mercato » (Corte cost. n. 169/1974), in modo tale da ampliare gli schemi protettivi fino a ricomprendervi non solo il lavoratore in sé, ma anche il nuovo soggetto, che è « colui che vuole lavorare ».

Il dovere di essere socialmente attivo, enunciato nell'art. 4 Cost., dovrà naturalmente essere esercitato nel più ampio rispetto della libertà di scelta dell'attività da svolgere, da garantirsi attraverso la predisposizione di prestazioni economiche assoggettate a politiche di condizionalità modulari ed articolate, idonee a valu-

(3) MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, I, 1954, 154.

tare in modo quanto più obiettivo l'adeguatezza del « lavoro » offerto rispetto alle attitudini ed alle capacità professionali del soggetto attivato, sì da consentire il pieno sviluppo della sua personalità; ma pur sempre secondo una logica di cittadinanza « industriale » (4), che consenta di riconoscere quelle provvidenze necessarie alla rimozione degli ostacoli che impediscono ai lavoratori di partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese, e quindi, per questa via, al benessere della collettività organizzata nella Stato, non solo a favore dei lavoratori « tradizionali », ma di « tutti i cittadini attivi cui possano essere utili » (5). In armonia con la direttiva costituzionale di cui all'art. 3, comma 2, un siffatto criterio redistributivo consentirebbe di realizzare un'effettiva universalizzazione delle tutele, rimuovendo le nuove forme di disuguaglianza sociale che caratterizzano questa rinnovata classe di cittadini, qualificati non più dal lavoro svolto ma, in ragione della mancanza di tale bene, dalla mera disponibilità a svolgere un'attività utile alla società, quale criterio legittimante il riconoscimento della titolarità di propri diritti sociali.

(4) ROMAGNOLI, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 240.

(5) ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 65.

MASSIMILIANO DELFINO

Le intese in deroga di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011 nella prospettiva pluri-ordinamentale.

1. Vorrei soffermarmi su un punto della relazione di Vito Leccese, che, per ragioni di tempo, è stato soltanto sfiorato. Mi riferisco agli intrecci fra l'art. 8, d.l. n. 138/2011 e la dimensione del diritto del lavoro dell'Unione europea. È mia intenzione occuparmi delle potenzialità offerte dal legislatore italiano alla contrattazione collettiva di « prossimità » nel derogare alle norme delle direttive europee, nelle ipotesi in cui siano le normative sovranazionali ad attribuire tale potere di deroga. In particolare, è interessante chiedersi se il riconoscimento dell'efficacia generalizzata al contratto collettivo, nello specifico a quello di « prossimità » — condizione necessaria, come sappiamo, affinché la fonte contrattuale possa aspirare ad avere un ruolo nell'attuazione dei principi europei —, sia determinante pure nel caso in questione, dove, a rigor di diritto, non si realizza una trasposizione di norme europee. E ciò perché « le deroghe ... [sono] facoltative, il diritto dell'Unione non impone agli Stati membri di attuarle nel diritto nazionale », e « per poter beneficiare della facoltà prevista [da talune direttive] ... gli Stati membri sono tenuti ad operare la scelta di avvalersene » (così Corte di giustizia 27 ottobre 2010, C-227/09, *Accardo et al.*, n. 51). In aggiunta, non mi sembra possibile invocare l'art. 153, par. 3, TFUE — ovvero sia la norma che « autorizza » a ricorrere alla trasposizione mediante contrattazione collettiva, ammesso che sia consentito ricorrere al livello aziendale di contrattazione collettiva per trasporre, in tutto o in parte, le direttive europee — in quanto tale norma prevede che uno Stato membro « può affidare alle parti sociali ... il compito di mettere in atto le direttive », ma soltanto « a loro richiesta congiunta », e non è questo il caso dell'art. 8, alla cui approvazione, come noto, gli attori sociali non solo non hanno partecipato in alcun modo, ma,

anzi, si sono impegnate in maniera sufficientemente chiara a non applicare l'art. 8. Il mancato « radicamento » del contratto collettivo di prossimità nella norma del Trattato prima richiamata non esclude un diverso collegamento con il diritto dell'Unione europea, anche se tale collegamento va ricercato caso per caso, e cioè nelle disposizioni europee di rango secondario, come si dirà di qui a poco.

2. È bene ricordare che l'art. 8 non attribuisce immediata efficacia vincolante a tutti i contratti collettivi aziendali, ma soltanto, stando alla lettera della legge, alle *intese specifiche* sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Pertanto, bisogna guardare con attenzione a queste intese anche alla luce della dimensione sovranazionale.

Si deve tenere a mente, poi, che le intese aziendali con efficacia vincolante possono intersecarsi con il livello europeo esclusivamente nelle materie indicate nel comma 2 dell'art. 8, fra le quali ci sono alcuni istituti disciplinati a quel livello: dai contratti a termine ai contratti ad orario ridotto, dalla somministrazione di lavoro (o, meglio, alcuni aspetti della fattispecie) alla disciplina dell'orario di lavoro. Ebbene, è con riguardo a questi ambiti che vanno verificati i margini d'azione della contrattazione collettiva aziendale rispetto alle norme sovranazionali, esaminando se le normative europee assegnano spazi a quel livello di contrattazione decentrata. A tal proposito, due esempi mi paiono significativi, ovvero il lavoro interinale tramite agenzia e l'orario di lavoro.

3. Partendo dal primo istituto va ricordato che l'art. 5 della direttiva 2008/104 consente di derogare al principio di parità di trattamento attraverso due strade, che ruotano attorno all'efficacia vincolante del contratto collettivo. Per un verso, il paragrafo 3 prevede che « gli Stati membri possono accordare » alle parti sociali « l'opzione di mantenere o concludere contratti collettivi che ... possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale, diverse da quelle di cui al paragrafo 1 ». Per l'altro verso, « gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari

i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore ... possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1 » (così paragrafo 4). Fino ad ora era escluso che l'Italia potesse percorrere la prima strada in considerazione del fatto che non possedeva un sistema legislativo in grado di dichiarare i contratti collettivi universalmente applicabili (e di fatto non lo possiede nemmeno oggi, almeno non in via generale). Tuttavia, ci si chiede cosa accada con l'approvazione dell'art. 8, d.l. n. 138/2011. Le opzioni interpretative sono due. Da un lato, si potrebbe dire che il riferimento esplicito ad « un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti *a tutte le imprese simili in un determinato settore* » farebbe pensare che la deroga è consentita soltanto ai contratti collettivi nazionali con efficacia generalizzata, escludendo quindi la possibilità di ricorrere alla intese di cui all'art. 8. Dall'altro lato, il generico riferimento all'« opzione di mantenere o concludere contratti collettivi », senza specificazione del livello, renderebbe legittimo il ricorso anche alla contrattazione aziendale per derogare al principio di parità di trattamento. Pur volendo aderire a questa seconda interpretazione, però, c'è un limite per la contrattazione collettiva aziendale, in quanto, per esercitare il potere di deroga, è necessario « transitare » attraverso i confini previsti dalla legislazione italiana, ovvero dall'art. 8, d.l. n. 138. E, a tal proposito, vanno attentamente considerate non tanto le finalità per raggiungere le quali è possibile sottoscrivere intese in deroga, che abbiano un'efficacia universale, finalità per la verità molto ampie, quanto le materie che possono essere oggetto di queste intese. Va ricordato, infatti, che, secondo l'art. 8, comma 2, fra quelle materie non rientra la fattispecie del lavoro tramite agenzia in generale (come accade invece per i contratti a termine e per il *part-time*, facilmente riconducibile ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile), né tanto meno la parità di trattamento dei lavoratori somministrati, ma « i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro », espressione che va intesa in senso restrittivo. Per questo motivo, non mi pare sia possibile ricorrere

ad accordi collettivi in deroga al principio di parità di trattamento di cui all'art. 5, dir. 2008/104.

4. Considerazioni soltanto in parte analoghe possono essere fatte con riguardo alla disciplina dell'orario di lavoro. Anche in questa circostanza la direttiva in materia (la 2003/88/CE) prevede l'intervento derogatorio della contrattazione collettiva rispetto alle previsioni in tema di riposo giornaliero (art. 3), pausa (art. 4), riposo settimanale (art. 5), durata del lavoro notturno (art. 8), oltre alla disposizione in materia di periodi di riferimento (ovvero i periodi per l'applicazione dei riposi settimanali, della durata massima dell'orario, delle ferie ecc., v. art. 16). La norma che intendo richiamare è l'art. 18, par. 1, della direttiva del 2003, secondo il quale, nelle materie appena indicate, « si può derogare ... mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali *a livello nazionale o regionale o, conformemente alle regole fissate da dette parti sociali, mediante contratti collettivi o accordi conclusi ... ad un livello inferiore* ». Pertanto, quest'ultima previsione assegna alla contrattazione collettiva di livello nazionale il compito di « autorizzare » la contrattazione di livello inferiore ad effettuare la deroga, compito che non è previsto dall'art. 8, d.l. n. 138/2011. Al contrario, l'art. 18, par. 2, dir. 2003/88 sembra riferirsi alla normativa interna in oggetto quando afferma che « gli Stati membri ... possono, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, consentire deroghe ... mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali *ad un livello contrattuale adeguato* ». Inoltre, l'art. 18, par. 3 dispone che le deroghe sono consentite « soltanto a condizione che ai lavoratori interessati siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo ». E tali periodi devono essere evidentemente previsti dalla medesima fonte collettiva derogante, che non può non avere un'efficacia generale, proprio in considerazione del riconoscimento di un trattamento sostitutivo rispetto a quello contemplato dalla disciplina europea.

In aggiunta, fermo restando che è lo Stato membro a decidere il quadro normativo di riferimento, un contratto collettivo aziendale derogatorio dei profili dell'orario di lavoro prima indicati potrebbe essere legittimo *ex art. 8*, d.l. n. 138/2011, perché, a differenza che per il lavoro tramite agenzia, tali profili rientrano in una delle materie previste dalla norma nazionale, ovvero la « disciplina dell'orario di lavoro ». Ovviamente, tutto ciò può es-

sere realizzato sempre rispettando le finalità previste dal legislatore del 2011.

5. Quanto sostenuto fin qui consente di fare alcune rapide considerazioni finali con riguardo al rapporto fra ordinamento europeo e ordinamento italiano, oltre a fornire una prospettiva interpretativa diversa dell'obbligo del rispetto dei « vincoli derivanti dalle normative comunitarie », contenuto nel comma 2-*bis* dell'art. 8, d.l. n. 138/2011. Gli esempi richiamati sono emblematici del fatto che le intese collettive in deroga possono anche essere inserite entro la cornice delle direttive che disciplinano i vari istituti. E all'interno di quella cornice il meccanismo di cui all'art. 8 consente di « attivare » nel nostro Paese le deroghe alla contrattazione collettiva previste dalla normativa europea, deroghe che in entrambi i casi riportati richiedono, direttamente o indirettamente, proprio l'efficacia generalizzata del contratto collettivo.

Tali deroghe possono però essere esercitate entro i limiti stabiliti dalla legge nazionale, ovvero dall'art. 8, in quanto spetta allo Stato membro, che, come l'Italia, non ha un contratto collettivo universalmente applicabile, decidere *an* e *quomodo* dell'attribuzione di un'efficacia del genere alla fonte collettiva. Inoltre, in un'ottica pluriordinamentale, l'art. 8, d.l. n. 138/2011, nelle ipotesi in cui attribuisce efficacia generalizzata alle intese in deroga alla normativa europea, potrebbe essere al riparo dal rischio (più o meno concreto) di incostituzionalità rispetto all'art. 39, seconda parte, Cost., o, meglio, di quelle previsioni della norma che sono regole e non principi, distinzione che, anche da questo punto di vista, è di particolare importanza. A tal proposito, se si accede alla ricostruzione dottrinale (proposta da Massimo D'Antona e sviluppata da Antonio Lo Faro), che legittima, per l'ordinamento italiano, la possibilità di riconoscere l'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di trasposizione delle direttive europee, essa può essere riferita pure ai contratti in deroga analizzati nel caso di specie. In questa prospettiva, grazie alla primazia del diritto dell'Unione europea, la legge che riconosce l'efficacia generalizzata prevarrebbe sulle norme interne, anche di rango primario, purché, appunto, non siano principi costituzionali. Al contrario, per la medesima ragione, nemmeno nella prospettiva del rapporto fra ordinamenti, sarebbe superabile la presunta incostituzionalità dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, rispetto all'art. 39, comma 1, Cost.

La costituzionalità dell'art. 8, almeno con riferimento alla seconda parte dell'art. 39 Cost., sarebbe preservata soltanto nel caso in cui le intese fondate su quella previsione interna siano espressamente autorizzate alla deroga da specifiche norme delle direttive. Diversa è l'ipotesi in cui la contrattazione aziendale di prossimità deroghi alle normative nazionali traspositive delle direttive europee, naturalmente nelle materie previste dall'art. 8, comma 2. In questa circostanza, infatti, la contrattazione collettiva interna non riceve una particolare « investitura » da parte dell'ordinamento dell'Unione europea, cosicché le deroghe sono legittime, ma non si innesca alcun meccanismo di salvaguardia dell'art. 8 rispetto alla previsione costituzionale prima richiamata. E la disciplina dell'orario di lavoro è ancora una volta paradigmatica, nel senso che nell'ipotesi in cui la direttiva sembra consentire la deroga anche alla contrattazione collettiva aziendale, l'intervento della fonte contrattuale previsto dall'art. 8 potrebbe essere al riparo dal profilo di incostituzionalità relativo alla seconda parte dell'art. 39, mentre rimarrebbero inalterati tutti i dubbi di costituzionalità se la medesima fonte dovesse intervenire su profili dell'orario, derogando alla normativa interna di trasposizione della direttiva.

GIULIO PROSPERETTI

Una proposta per un nuovo welfare nella società post-industriale.

Intendo partire da un presupposto « ideologico » e cioè che non si possono lasciare i cittadini senza reddito e che, d'altra parte, il lavoro subordinato a fronte di processi di automazione e della delocalizzazione delle imprese, non può rimanere l'unico strumento di ripartizione del reddito nell'ambito della comunità.

Le categorie del secolo scorso, che postulavano un apporto indispensabile del lavoro umano nei processi produttivi, e che ben era spiegato dalla teoria marxiana del valore, non trova più rispondenza in una società post-industriale, nella quale il lavoro umano può essere addirittura sostituito dalle macchine, ovvero ricercato in paesi che applicano Dumping Sociale.

Ecco allora che serve innanzitutto un titolo per attribuire il reddito ai cittadini che non hanno un lavoro di scambio nel mercato.

In questa situazione la sovranità di uno Stato si misurerà in riferimento al proprio sistema di sicurezza sociale ed ai meccanismi di solidarietà capaci di mantenere una coesione nell'ambito di una comunità democratica.

Ma il reddito di cittadinanza porta alla c.d. trappola del Welfare e ad un incremento del lavoro nero.

Ma si possono prendere in esame anche assetti diversi che non privilegiano lo *status* di disoccupazione e che, anzi, al contrario, destinano risorse all'incremento dell'occupazione.

La nostra idea è che si possono attivare meccanismi di Welfare capaci di prefigurare un « mix » di redditi in capo al singolo costituito da salario sinallagmatico ma anche da una quota di reddito assistenziale.

Il problema è di consentire anche nel nostro Paese e, in generale, nell'Europa più progredita, attività imprenditoriali la cui convenienza oggi, invece, per l'alto costo del lavoro, induce a spo-

stare produzioni non sufficientemente remunerative nei paesi terzi.

La battaglia sulla produttività e sulla innovazione rappresenta comunque una soluzione di breve periodo, stanti il progresso di economie orientali e Sudamericane concorrenti.

Non ritengo che ci si debba rassegnare ad una specializzazione delle aree geografiche, che assegni il manifatturiero alla Cina, l'agricoltura all'Africa e solo lo studio dei processi innovativi all'Europa, costretta a costruire carceri e ospedali per gli inevitabili comportamenti trasgressivi di una generazione senza lavoro e senza prospettive.

Le occasioni di lavoro non mancano, si pensi agli interventi necessari per il risanamento idrogeologico, per la valorizzazione e conservazione del patrimonio artistico, per i servizi alla persona ecc. ecc., tutti settori dei quali il nostro paese è drammaticamente deficitario.

È chiaro che va cambiato il modello di sviluppo e che la sterile tecnica economica incentrata sull'aumento dei consumi non può più essere la soluzione del problema.

Nel post industriale, i consumi devono orientarsi verso le produzioni di beni soprattutto immateriali e sono quelli che garantiscono il miglior livello di civiltà e maggiori soddisfazioni.

Si pensi all'arte, alla cultura, ma anche alla giustizia.

L'art. 36 Cost. è la principale norma di sicurezza sociale, giacché prevede che ai cittadini lavoratori sia garantito un reddito comunque sufficiente ai bisogni della famiglia.

È chiaro che una simile norma può funzionare solo nell'ambito del sistema di produzione autarchico ed ispirato ad una economia *labour intensive*.

Ora, il nostro sistema ha costretto a spostare all'estero tutte quelle produzioni la cui limitata redditività non consentiva un reddito adeguato dei lavoratori addetti.

È proprio con riferimento a questo problema che una soluzione potrebbe prevedere una integrazione tra reddito di scambio e salario sociale, giacché lo Stato, per poter mantenere quella produzione *labour intensive* una economia globalizzata, deve addossarsi i costi di contesto, consentendo alle imprese di essere concorrenziali con quelle dei paesi terzi, quanto alla quota di salario sinallagmatico e consentire che gli addetti a tali produzioni possano

vivere dignitosamente nel nostro paese, grazie alla integrazione assistenziale dei loro salari.

A proposito della c.d. condizionalità, l'integrazione al reddito andrà corrisposta proprio a chi lavora e la disoccupazione potrebbe tornare ad essere meramente frizionale e non strutturale, grazie al recupero di lavorazioni oggi de localizzate in paesi terzi.

Del resto, dell'art. 36 Cost., una interpretazione evolutiva, può prevedere e postulare proprio questo intervento della fiscalità generale a favore della garanzia del minimo salariale non necessariamente da addossare alle aziende.

D'altra parte tale modello di integrazione del reddito nel mercato, non esclude la configurabilità di intervento fuori mercato nell'ambito dei quali venga valorizzata l'attività loro socialmente utile in luogo della mera indennizzazione del non-lavoro.

Centralità del lavoro e tutela del reddito debbono, pertanto, a nostro avviso, integrarsi con gli strumenti di Welfare, rifiutando quella logica *ad excludendum* per cui il reddito da lavoro non potrebbe interferire con il reddito assistenziale.

L'attuale sistema finisce paradossalmente per finanziare il non lavoro, quando c'è invece bisogno di finanziare il lavoro.

Mi rendo conto di quanto possa essere difficile modificare le logiche che hanno guidato la nascita ed il fiorire della civiltà industriale, ma per uscire da una crisi che non è solo economica, ma anche culturale, c'è bisogno di nuove idealità e di nuovi modelli.

Comunque, pragmaticamente, un primo passo su questa via, può essere indicato in una graduale progressiva fiscalizzazione degli oneri sociali.

L'abbassamento del costo del lavoro, può attirare investimenti esteri, del resto con l'uscita delle zone depresse dell'Italia meridionale dall'obiettivo uno della Comunità Europea e con l'abbassamento della fiscalizzazione di contributi, intere aree del paese nell'area della ex Cassa del Mezzogiorno, sono state abbandonate.

A ben vedere, la riduzione del cuneo fiscale con una progressiva fiscalizzazione degli oneri sociali, sarebbe più produttiva per il sistema paese che non l'abbattimento del debito pubblico o la riduzione delle tasse.

Il prelievo previdenziale è oggi iniquo giacché penalizza le lavorazioni *labour intensive* in una situazione in cui la redditività di una impresa è assolutamente sganciata dalla forza lavoro e anzi,

normalmente, minore è l'impiego della manodopera, maggiore è la redditività di una lavorazione.

Bisogna prendere atto che le modificazioni nel mondo della produzione e del lavoro, nonché del ruolo stesso che nella società post-industriale viene assegnato al lavoro sinallagmatico, incidono pesantemente anche sui meccanismi di finanziamento e di meritevolezza assegnati ai sistemi previdenziali.

L'attuale assetto sociale ha portato ad un superamento delle fasi di cronologgizzazione della vita (formazione - lavoro - pensione), ci si forma lavorando e si continua a lavorare anche da pensionati, sicché anche la pensione che, in molti casi, copre una fase non minore dell'attività lavorativa, non può più essere considerata la terza fase della vita, quando, invece, nella sua tradizionale concezione, agli inizi del secolo scorso, era destinata, in pratica, solo ai sopravvissuti, giacché era erogata ben al di là della aspettativa di vita.

Insomma, anche la pensione è legata alla logica della società industriale, della quale continuiamo a mantenere le categorie etiche e funzionali, quando invece quella società e quel modello sono ormai superati.

La previdenza sociale dovrà adeguarsi allo schema di Modigliani, che propone una utilizzazione del risparmio previdenziale più vicina alla formula del fondo di investimento che al fondo pensione.

Solo in questa prospettiva si può pensare di sostenere un indiscriminato aumento dell'aspettativa di vita, anche se l'anziano non resterà indenne dagli effetti di future, eventuali crisi economiche; ma d'altra parte non può nemmeno più ipotizzarsi che un lavoratore attivo venga presto a dover « mantenere » un pensionato ed almeno il 50% di un disoccupato.

Ritengo incredibile che a fronte di questo dati ormai indiscutibili, non si riesca a ragionare in un'ottica complessiva, ma che ci si limiti alla analisi di istituti particolari, incapaci però di ricomporre un credibile modello di tenuta della società.

SIMONETTA RENGA

Il paradigma perduto dei giuslavoristi e la protezione sociale.

SOMMARIO: 1. Protezione sociale e compatibilità economiche. — 2. Il paradigma perduto. —
3. Le domande cruciali del previdenzialista: quanta, quale sicurezza sociale, con
quali soldi?

1. *Protezione sociale e compatibilità economiche.*

La impegnata relazione di Enrico Gragnoli ha il pregio di rappresentare per un previdenzialista puro una specie di shock, certamente una provocazione. È dunque di una utilità estrema perché ci fa leggere il sistema con occhiali diversi.

Ci sono dei passaggi nella relazione di Enrico, che elenco succintamente, rispetto ai quali vorrei riproporre altre chiavi di lettura:

la discrasia fra funzione legislativa e istanze sociali, la connessa crisi dello Stato sociale basato sui principi costituzionali; la perdita di valore dei principi costituzionali (art. 38 e 3, secondo comma), con la conseguente abdicazione della loro attuazione alla discrezionalità del legislatore ordinario; la ragione essenziale di questo processo individuata nel condizionamento economico e nella perdita della sovranità statale rispetto alla pianificazione della tutela del reddito; si afferma che i diritti sociali non possono essere dedotti né dalla Costituzione né dalla Carta di Nizza, ma rinviano alla legge che è sottoposta alle compatibilità economiche.

Ebbene su questi temi io ho il ricordo vivo di una bellissima relazione di Pietro Costa tenuta a Ferrara qualche anno fa (*Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*, Ferrara 24 ottobre 2008, i cui materiali furono poi pubblicati a cura di G.G. Balandi e G. Cazetta, Giuffrè, 2009, pp. 21-83).

«*La "scommessa"*» — di quei giuslavoristi affezionati alla Costituzione che Costa chiama *originalisti* e fra cui include Maria

Vittoria Ballestrero, per esempio (citando un suo scritto del 2004, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e Diritto*, p. 501) — « è riuscire a mantenere intatta la vitalità del modello costituzionale anche in un contesto profondamente mutato e a confermare, per questa via, il carattere “presbite” della costituzione del ’48, che, lungi dall’essere esaurita, attenderebbe ancora una sua integrale realizzazione ». E ancora: « La centralità della Costituzione resta, sullo sfondo, uno degli atouts più importanti di questa strategia ... leggere oggi la costituzione significa tener presente il modello politico-sociale delineato dai costituenti e al contempo sostenere che esso non è tanto o soltanto il frutto di una scelta politico-ideologica legata all’Europa della guerra e dell’immediato dopoguerra, bensì racchiude i profili essenziali di quella democrazia costituzionale che si presenta come la più matura realizzazione della civiltà giuridica occidentale » (p. 70).

Ebbene, io mi riconosco nella strategia giuslavoristica “originalista”, che rinnova la sua fiducia alla Carta costituzionale ed al suo postulato fondamentale dell’eguaglianza sostanziale; se volete sono una “positivista ingenua”, come direbbe Enrico.

2. *Il paradigma perduto.*

Il punto è, in un contesto di crisi strutturale, *ripensare il paradigma costituzionale del diritto del lavoro e sulla base di esso costruire una interazione efficace tra diritto del lavoro e protezione sociale.*

Ciò, avendo in mente che il punto di partenza del paradigma utilizzato tradizionalmente è la tensione tra l’eguaglianza formale del contratto e l’eguaglianza sostanziale del rapporto.

In realtà, la relazione ideale tra eguaglianza formale, nella sua dimensione « storicamente individuale », e l’eguaglianza sostanziale, nella sua « innegabile “torsione” pluralistica » (A. D’ALOJA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, p. 257), appare inafferrabile almeno quanto l’araba fenice. Illuminante è la composizione, se così si può dire, intuita da A. Supiot, il quale ci avverte che la combinazione fra eguaglianza formale e sostanziale fonda la razionalità giuridica del diritto del lavoro, mentre qualsiasi dissociazione tra le due facce dell’eguaglianza ne mina le fondamenta (A. SUPIOT, *Principi di*

eguaglianza e limiti della razionalità giuridica, in *Lavoro e Diritto*, 1992, p. 211). Conclusione questa che, a mio avviso, traduce, sul piano squisitamente applicativo, quella necessità di un'integrazione dinamica fra eguaglianza sostanziale e formale postulata da A. D'Aloja. Il pensiero di D'Aloja più che una soluzione propone un metodo di lavoro: l'idea cardine dello studioso è quella di rappresentare l'eguaglianza come « un'immagine "integrata", costruita non sulla coppia eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale come blocchi distinti, alternativi, se non addirittura radicalmente contrapposti, ma su una linea di "progressione" lungo la quale "diritti ad un trattamento egualitario" e "diritti ad un eguale trattamento" ... si pongono in funzione reciproca, l'uno impensabile e impraticabile senza l'altro, in un rapporto di costante "tensione" dinamica, entrambi rivolti al pieno sviluppo della persona e alla sua dignità » (A. D'Aloja 2002, cit., p. 270 s.).

Dunque, volendo mettersi alla ricerca del paradigma perduto, in tempi di crisi, forse si può riflettere su di *un'altra relazione dell'eguaglianza: quella fra eguaglianza distributiva e commutativa*.

La distinzione fra eguaglianza distributiva e commutativa ha radici lontane, ma è stata riproposta nell'ambito di una rilettura dei diritti sociali in termini di diritti attuativi dell'eguaglianza sostanziale (A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999). Nella lettura di Giorgis, i diritti sociali diretti a realizzare una condizione di eguaglianza sostanziale *commutativa* rappresentano la volontà del legislatore costituzionale « di intervenire direttamente nei rapporti sociali per modellarli secondo i propri precetti ed instaurare così un ordine tra i diversi soggetti che in precedenza non esisteva e che il loro libero e spontaneo confronto non sarebbe in grado di realizzare (o stabilizzare nel tempo) ». Questi diritti sono, dunque, destinati « a disciplinare rapporti svolgentisi nella sfera intersubiettiva delle relazioni fra i consociati », nel nostro caso fra datore di lavoro e lavoratore, là dove il lavoratore sarà il soggetto attivo della pretesa giuridica contenuta nella norma e il datore di lavoro il soggetto passivo (A. Giorgis 1999, cit., pp. 10 ss.). L'esempio classico, nella Costituzione italiana, è il diritto alla retribuzione (proporzionale e) sufficiente dell'art. 36: « in questa ipotesi il diritto "sociale" si traduce in una limitazione della libertà contrattuale delle parti, e mira a realizzare in primo luogo un'esigenza di uguaglianza (o giustizia) commutativa » (A. Giorgis 1999, cit., pp. 13

s.). Evidentemente, questa definizione di eguaglianza commutativa supera la definizione tradizionale di giustizia commutativa come quella secondo la quale “a ciascuno è dato il suo” (nell’ipotesi, la retribuzione proporzionale), per accedere ad una nozione che inserisce, nella sfera commutativa, accanto alle ragioni del libero interscambio delle parti, la necessità costituzionalmente imposta della realizzazione dell’eguaglianza sostanziale (nell’esempio addotto, la retribuzione comunque sufficiente). In sostanza, ancora utilizzando l’esempio della retribuzione, secondo questa lettura dei diritti sociali come diritti all’eguaglianza sostanziale, il parametro della sufficienza esprime un criterio di giustizia/eguaglianza sostanziale commutativa e non di giustizia/eguaglianza distributiva, come sostenuto nell’ambito di lavori condotti secondo le definizioni tradizionali di giustizia/eguaglianza commutativa e distributiva.

La questione non è meramente terminologica: *ancorare l’eguaglianza commutativa all’eguaglianza sostanziale in materia di diritti sociali* significa, infatti, negare cittadinanza in quest’ambito del nostro ordinamento costituzionale al concetto di eguaglianza come mera corrispettività fra prestazioni.

I diritti all’eguaglianza sostanziale distributiva, invece, consistono nel « riconoscimento in capo agli individui economicamente, socialmente, fisicamente o culturalmente più deboli e agli stessi lavoratori, allorché si vengano a trovare nell’oggettiva impossibilità di svolgere un’attività lavorativa, di un articolato complesso di pretese soggettive che dovrebbero valere ad assicurare anche a loro i presupposti materiali e culturali per condurre una vita libera e dignitosa ». I soggetti passivi di tali diritti saranno tutti i soggetti contributivamente capaci, nel caso della solidarietà generale (art. 53 Cost.), o gli stessi lavoratori e datori di lavoro appartenenti alla categoria, nell’ipotesi in cui si realizzi una solidarietà di categoria: « in entrambi i casi comunque i soggetti passivi e il soggetto attivo non si vengono a trovare in una relazione giuridica diretta, istituita liberamente dalla loro stessa iniziativa: il loro rapporto è necessario e mediato dall’intervento dello Stato al quale spetta appunto decidere le forme e i modi della redistribuzione » (A. Giorgis 1999, cit., pp. 16 ss.).

Ebbene, *questo paradigma eguaglianza commutativa/eguaglianza distributiva ci racconta diverse cose.*

La prima: che il diritto alla sicurezza sociale realizza essen-

zialmente un'eguaglianza sostanziale di ordine distributivo. E se ciò può apparire scontato, certamente meno scontata è la considerazione che diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale operano, in linea generale, in aree diverse dell'eguaglianza *sostanziale*, commutativa l'uno e distributiva l'altro. La connessione fra le due aree della legislazione è già stata chiaramente enunciata: il sistema di protezione sociale è centrato sul lavoro, dunque, interviene quando non c'è il lavoro — a causa di vecchiaia, invalidità, malattia, infortunio, maternità, disoccupazione, morte del lavoratore — per ripristinare la continuità del reddito. In altri termini, là dove non arriva l'eguaglianza sostanziale commutativa — perché lo scambio tra utilità economicamente apprezzabili non si può realizzare o perché gli elementi dello stesso ne risulterebbero eccessivamente alterati — interviene il sistema di protezione sociale in funzione redistributiva della ricchezza prodotta, onde permettere a tutti i cittadini l'integrazione sociale prevista dal secondo comma dell'art. 3 Cost.

La seconda: se un ripensamento del ruolo del sistema di protezione sociale e delle sue interrelazioni con il sistema di tutela lavoristico deve esservi, sembra ovvio che questo avrà luogo proprio nell'area dell'eguaglianza distributiva. Ma, *il ruolo che il sistema di protezione sociale sarà chiamato a giocare, in termini ovviamente di eguaglianza distributiva, dovrà essere strettamente interconnesso alle scelte di politica del diritto che si compiranno nell'ambito lavoristico.*

L'integrazione fra i due sistemi di tutela all'insegna dell'eguaglianza sostanziale, è oramai un dato imprescindibile: il sistema di sicurezza sociale è chiamato a rivestire il ruolo di fattore *temporaneo* di compensazione dei vuoti di tutela lasciati aperti dal diritto del lavoro nell'ambito di determinate forme negoziali ad impegno lavorativo ridotto, nonché dei vuoti di tutela derivanti dalla mancanza di lavoro, al fine di perseguire l'integrazione sociale del lavoratore dell'art. 3, secondo comma Cost. In altre parole, « ... non più la protezione che si collega al lavoro; o la protezione dove non c'è il lavoro, ma il lavoro collegato alla protezione » (G.G. BALANDI, *Non lavoro e protezione sociale*, in *Lavoro e diritto*, 1995, p. 15).

Ma qui il terreno diventa minato, e mi sembra che Enrico sia d'accordo con me in questo, perché non si deve giungere sino ad affermare, per questa via, che il lavoro diventa solo un aspetto della cittadinanza sociale « guadagnando la libertà, in conse-

guenza, di sfaccettarsi in tutte le sue esplicazioni possibili ... » (G.G. Balandi, 1995, cit., p. 15). L'integrazione proposta fra diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale non può evidentemente trovare il suo punto di equilibrio nell'« espungere dal diritto del lavoro tutti gli aspetti “sociali” del rapporto di lavoro stesso, per spostarli dall'area del contratto a quella del welfare state » (DE SIMONE, *Problemi d'identità: il « cittadino lavoratore » e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1995, p. 27), altrimenti il contratto diventa « nudo », per dirla con Supiot (*Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en europe*, in *Rapporto per la Commissione Europea*, Parigi, 1999, p. 40), il sistema integrato diventa assistenzialistico. *E questo non accade solo se il diritto del lavoro non rinuncia al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale commutativa*. Ciò che, detto diversamente, significa che se l'obiettivo congiunto delle due branche della legislazione, quella lavoristica e quella della protezione sociale, è l'eguaglianza sostanziale, il modo in cui si arriva a realizzare questo obiettivo non è affatto indifferente. Il punto focale, nel gioco dell'integrazione, è che entrambi i rami della legislazione hanno il compito di realizzare dei diritti sociali, che sono diritti all'eguaglianza sostanziale: l'integrazione fra i due non si può concretare nel recupero da parte del sistema di sicurezza sociale della “quota” di eguaglianza sostanziale “dismessa” dal diritto del lavoro. Il diritto del lavoro, infatti, non può prescindere dal perseguimento dell'eguaglianza sostanziale commutativa, nell'accezione già analizzata da chi vede nei diritti sociali diritti all'eguaglianza sostanziale.

3. *Le domande cruciali del previdenzialista: quanta, quale sicurezza sociale, con quali soldi?*

A) *Quanta sicurezza sociale*. — La norma cardine del sistema di protezione sociale è l'art. 38 Cost. Questa norma offre, dal punto di vista “quantitativo”, due parametri: il « mantenimento », per i cittadini inabili al lavoro, e i « mezzi adeguati alle ... esigenze di vita », per i lavoratori che non riescono più, per una serie di eventi specificati nella norma, a trarre dal lavoro quanto necessario per condurre un'esistenza libera e dignitosa. L'art. 38, tuttavia, affonda le sue radici negli artt. 3, 2° comma e 2 Cost. (M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2001): il

sistema di protezione sociale è strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, la quale a sua volta ha per obiettivo finale la pari dignità umana, che trova il suo nucleo nei diritti inviolabili della persona umana dell'art. 2 Cost. Esiste, dunque, tra le due misure della sufficienza e dell'adeguatezza *ex art. 38, 1° e 2° comma*, un minimo comune denominatore, il quale indica l'obiettivo minimo del sistema di protezione sociale, ossia « il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese », in una parola, l'integrazione sociale. Il sistema di protezione sociale, in sostanza, nella sua funzione di realizzazione della giustizia distributiva, deve fornire prestazioni — trasferimenti di reddito, servizi ed altri tipi di vantaggi — nel complesso idonee a rendere effettiva la garanzia dell'integrazione sociale, a ripristinare, per usare la bella espressione di Mortati, la « mobilità sociale » (Art. 1, *Commento sub art. 1 Costituzione*, in *Commentario Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, sub artt. 1-12, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 15), ovvero « l'effettiva circolazione delle “chances di vita” » (D'Aloja 2002, cit., p. 11).

B) *Quale sicurezza sociale.* — Il Welfare State del ventunesimo secolo, lo si è detto più volte, dovrà fare i conti con l'istanza di *flessibilità* da parte del sistema produttivo e con l'*insicurezza sociale* che da essa si origina. Nel processo di riconfigurazione che lo attende, dovrà affrontare due nodi fondamentali:

a) L'introduzione di una *Sicurezza attiva, che sia integrata e mai disgiunta dalla tradizionale tutela del reddito*. Enrico dice che la sicurezza attiva non serve a creare occupazione. Ma non c'è dubbio che sia così. Per creare occupazione servono politiche economiche di crescita, non sicurezza attiva. Chi ci racconta che la sicurezza attiva crea occupazione o è ignorante o è in mala fede. Sul concetto di *Sicurezza attiva* occorre capirsi. Il termine, infatti, non è privo di ambiguità: esso si colloca su di un crinale sottile e scivoloso, che fa da confine a disegni politico-sociali fra loro molto diversi. La diversità delle impostazioni dipende evidentemente dal tipo di equilibrio che si instaura fra quelli che A. Supiot (1999, cit., p. 63) correttamente individua come i tre elementi della Sicurezza attiva, ovvero libertà, sicurezza e responsabilità. Nella configurazione di tale equilibrio, un fattore estremamente importante è rappresentato dal ruolo attri-

buito alle politiche redistributive attuate attraverso trasferimenti monetari, cuore di quella che ora viene chiamata, e quasi mai con una colorazione positiva, la vecchia sicurezza *passiva*. È possibile, infatti, che, assumendo il dato della cronica incapacità dello Stato sociale di stimolare la crescita dell'occupazione, la sicurezza sociale cambi piano di azione e venga sviluppata esclusivamente, in termini di sicurezza attiva, nella direzione delle politiche di incremento della competitività dell'offerta di lavoro. W. STREECK (*Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, p. 14) descrive bene i capisaldi della nuova politica sociale della « solidarietà competitiva ». In questa visione le politiche di tipo redistributivo *ex post*, ovvero i trasferimenti monetari diretti a ripristinare la situazione di eguaglianza sostanziale compromessa dal funzionamento del mercato, occupano una posizione assolutamente marginale. Si realizzerebbe, infatti, « un “egualitarismo dal lato dell'offerta”, nel quale le risorse pubbliche sarebbero indirizzate a migliorare e a rendere *ugualmente concorrenziali* sul mercato i singoli individui e la loro *capacità* di competere, piuttosto che essere volte a proteggerli dagli effetti del mercato » (W. Streeck 2000, cit., p. 14). In sostanza, i concetti del *make work pay* o del *welfare to work*, nonché quello che è stato definito « il nuovo vocabolario normativo dell'*occupabilità*, della *formazione permanente*, dell'*attivazione*, dell'*inserimento* » (A. HEMERIJCK, *Come cambia il modello sociale europeo*, in *Stato e mercato*, 2002, p. 213) segnalano, in quest'ambito, la centralità dell'« occupazione retribuita quale fonte cruciale di integrazione e cittadinanza sociale », coerentemente con « il tentativo di creare uno stato sociale attivo, con una maggiore attenzione per strategie di qualificazione volte al miglioramento della capacità di occupazione e di guadagno quale miglior sistema di (auto)protezione, con la contemporanea rimozione dei disincentivi riconducibili alla politica fiscale e sociale » (A. Hemerijck 2002, cit., p. 228). Ed è proprio l'entità della riduzione dell'onere dei trasferimenti monetari sulla sicurezza sociale, tuttavia, che marca la differenza tra una sicurezza attiva di stampo neo-liberista e l'ideazione di un modello di sicurezza sociale che introduca una maggiore dose di libertà e responsabilità senza mortificare l'eguaglianza sostanziale. L'idea di sicurezza attiva si accompagna spesso, infatti, ad un modello di protezione sociale, intesa come trasferimenti monetari, minimale diretto a garantire la mera sopravvivenza di fronte alle forme di deprivazione ed emarginazione più gravi, con una attenzione peraltro mi-

rata allo scoraggiamento del *moral hazard* connesso alla percezione passiva di prestazioni pubbliche; mentre, dal lato della previdenza, viene rinforzato il carattere assicurativo-contributivo delle prestazioni connesse allo svolgimento di un rapporto di lavoro, procedendosi a grandi passi verso un futuro di privatizzazione del modello con la connaturata adozione della gestione a capitalizzazione. Il rischio principale di questa contrazione delle politiche sociali di redistribuzione monetaria *ex post* è quello della creazione di una società duale, con i lavoratori forti e protetti attraverso i meccanismi assicurativi, da un lato, e gli altri cittadini, lavoratori marginali e discontinui, beneficiari della sicurezza minimale. A mio avviso, la configurazione di un'orditura equilibrata fra l'istanza di recupero della libertà individuale, il bisogno di sicurezza e la necessità di reintrodurre una responsabilità individuale nel sistema di Welfare State passa proprio dalla conservazione del ruolo redistributivo *ex post* dei trasferimenti monetari. Il perseguimento di politiche sociali di sicurezza attiva dal lato dell'offerta può coadiuvare, mai sostituire, neanche parzialmente, le politiche redistributive *ex post*: quand'anche la posizione di partenza degli individui fosse resa eguale attraverso investimenti pubblici dal lato dell'offerta di lavoro, sicuramente sarebbe stata fatta una mirabile opera di prevenzione delle disegualianze, ma non sarebbe ancora garantita la conformità dei risultati delle attività regolate dal mercato ai dettami costituzionali dell'eguaglianza sostanziale e con essa l'innecessarietà dell'intervento di politiche redistributive del reddito.

In questa cornice, dunque, per Sicurezza attiva si intende la creazione di una rete di servizi locali che operino sul territorio garantendo, nell'ambito di politiche di indirizzo elaborate a livello nazionale: l'integrazione sociale nelle situazioni a rischio di esclusione, attraverso prestazioni calibrate sulle caratteristiche delle condizioni di bisogno peculiari degli interessati; la formazione, il mantenimento e lo sviluppo delle competenze professionali; politiche dell'impiego dirette all'inserimento del lavoratore sul mercato; il coinvolgimento attivo dei soggetti destinatari delle prestazioni, attraverso una combinazione equilibrata di diritti e di responsabilità individuali. L'erogazione delle prestazioni economiche necessarie, tarate in base alla natura e tipologia dello stato di bisogno, viene, per questa via, finalizzata, oltre che al sollievo di natura economica, anche ad un progetto articolato e flessibile di integrazione occupazionale del soggetto attraverso politiche attive

del lavoro (art. 4 Cost.), offrendosi così una risposta a bisogni sempre più eterogenei ed indefinibili a priori.

b) Una volta presente nel sistema una rete di sicurezza composta di diritti sociali *universali*, ovvero *diretti a disoccupati e a inoccupati entrambi lesi nella garanzia del diritto al lavoro dell'art. 4 della Cost.*, è necessario mantenere *un saldo legame fra lavoro e protezione sociale*.

Le controindicazione principale alla recisione netta del legame fra lavoro e protezione sociale si concreta in un rischio ben definito: « se si giunge a sradicare la persona dall'attività lavorativa svolta e dai diritti che da essa conseguono, se ne fa un soggetto meramente assistito » (P. BOZZAO, *Dal « lavoro » alla « laboriosità »*. *Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2003, p. 600). Detto altrimenti, il rischio consiste nell'« introdurre pericolose cesure tra “sociale” ed “economico”, tra diritti sociali e inserimento effettivo dei singoli nel tessuto delle “attività economiche” » (S. GIUBBONI, *Flessibilità, mobilità, « atipicità » dei lavori e sicurezza sociale*, in *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 13).

La scommessa da giocare è, quindi, quella del « superamento dei limiti della selezione operata dal *welfare* occupazionale e categoriale, per allargare le occasioni d'inclusione dello Stato sociale » (S. Giubboni 2005, cit., p. 14), senza tuttavia spezzare la connessione fra diritti sociali e lavoro.

C) *Con quali soldi*. — M. Friedman ha ripreso e reso famosa la frase « *there is not such a thing as a free lunch* », come correttamente ci ricorda Enrico. Questa frase appare per la prima volta tuttavia in risposta ad Henry Wallace, vice presidente USA tra il 1941 and 1945, che suggeriva un regime mondiale che offrisse uno standard minimo di sopravvivenza a tutti e che a supporto di ciò scriveva: « *If we can afford tremendous sums of money to win the war, we can afford to invest whatever amount it takes to win the peace* ». Ecco appunto: bisogna ristabilire un ordine nelle priorità costituzionali. Penso allo spostamento di risorse da un'area all'altra della sicurezza sociale, o da un'area all'altra della spesa pubblica. Sovrabbondanza di diritti e destituzione sociale non possono più coesistere in democrazie tra le più vecchie del mondo afflitte da crisi economiche strutturali.

Parte Seconda
NOTIZIARIO A.I.D.La.S.S.

NOTIZIARIO NAZIONALE

ASSEGNAZIONE PREMIO « LUDOVICO BARASSI » PER LA MIGLIORE TESI DI LAUREA IN DIRITTO DEL LAVORO (2011)

La Commissione giudicatrice del premio « Lodovico Barassi » per la miglior tesi di laurea in Diritto del lavoro discussa nell'anno 2011, nominata dal Consiglio direttivo dell'A.I.D.La.S.S. e composta dai professori Mariella Magnani, Antonio Viscomi e Paolo Pasceucci, esprime innanzitutto apprezzamento per il buon livello generale che caratterizza le otto tesi sottoposte a suo giudizio.

Dopo un'attenta valutazione, unanime, propone di attribuire il premio al dottor Angelo De Logu per la tesi: « *L'articolo 2087 del Codice civile come norma di chiusura per gli obblighi di sicurezza sul lavoro* » formulando il seguente giudizio:

« La tesi del dottor Angelo De Logu si segnala sia per la ricchezza dei profili indagati, ben collocati nel quadro teorico di riferimento, sia per il livello di approfondimento supportato da un'ampia e puntuale bibliografia. Il lavoro, indice di un notevole impegno di ricerca, dimostra, oltre alla padronanza della materia, una buona capacità di indagine giuridica ».

ASSEGNAZIONE PREMIO
« FRANCESCO SANTORO PASSARELLI »
PER LA MIGLIORE TESI DI DOTTORATO
IN DIRITTO DEL LAVORO
(2011)

La Commissione giudicatrice del premio « Francesco Santoro Passarelli » per la miglior tesi di dottorato in Diritto del lavoro discussa nell'anno 2011, nominata dal Consiglio direttivo dell'A.I.D. La.S.S. e composta dai professori Paolo Tosi, Maurizio Ricci e Stefania Scarponi ha ampiamente discusso sugli elaborati pervenuti ed è giunta a formulare, anzitutto, una valutazione generale di apprezzabile livello qualitativo di tutte le nove tesi di dottorato presentate.

La Commissione ha, quindi, ritenuto di conferire il premio alla tesi della dottoressa Nelly Vascello sul tema « *Libera prestazione di servizi nell'Unione europea e diritto del lavoro* », relatori la professoressa Magnani e il professor Abbo Junker, per il dottorato di Pavia, con questa motivazione:

« La dottoressa Vascello ha saputo cogliere l'ambivalenza delle linee evolutive del diritto europeo, sollecitato dalle contrastanti esigenze di realizzazione da un lato delle libertà economiche e dall'altro dei diritti sociali, esplorandone con attenzione i riflessi sull'ordinamento interno. Il lavoro si fa apprezzare soprattutto per la capacità di analisi e di argomentazione, nonché per la ricchezza dei riferimenti dottrinali, anche stranieri, e giurisprudenziali della corte di giustizia europea ».

La commissione ritiene altresì meritevoli di speciale menzione le tesi presentate dal dottor Antonino Ferruggia sul tema: « *Le esternalizzazioni relazionali nel decentramento di attività dell'impresa* » e del dottor Giovanni Spinelli sul tema: « *Le tecniche di tutela del contraente debole. Il lavoratore come modello di riferimento* ».

Parte Terza
NOTIZIARIO INTERNAZIONALE

SEMINARIO INTERNAZIONALE
DI DIRITTO COMPARATO DEL LAVORO
Pontignano XXIX
« *La decentralizzazione della contrattazione collettiva* »
Modena - Fondazione Marco Biagi, 17-20 luglio 2012

SINTESI DEI LAVORI

a cura di Alice Bussolaro
e Valentina Cagnin (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le relazioni nazionali. — 2.1. Belgio. — 2.2. Italia. — 2.3. Olanda. — 2.4. Francia: *i*) Il processo di decentralizzazione; *ii*) Gli attori della contrattazione collettiva. — 2.5. Germania. — 2.6. Spagna. — 3. Le relazioni dei gruppi di lavoro. — 3.1. Gli attori della decentralizzazione ai tempi di crisi. — 3.2. Le strategie della decentralizzazione. — 3.3. Il contenuto della derogazione. — 3.4. *Derogation Machinery*: i meccanismi e il funzionamento della derogazione. — 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

La ventinovesima edizione del seminario internazionale di diritto comparato si è svolta, per la prima volta presso la Fondazione Marco Biagi di Modena, e non più nella storica Certosa di Pontignano, dal 17 al 20 luglio 2012: l'evento, organizzato congiuntamente dalla stessa Fondazione Marco Biagi e dall'Università di Modena, ha ottenuto il Patrocinio dell'A.I.D.La.S.S. (Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale) e del Comune di Modena.

A confrontarsi sul tema scelto per lo scambio internazionale

(*) Dottorande di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro presso l'Università Ca' Foscari Venezia.

di saperi, « *La decentralizzazione della contrattazione collettiva* », le delegazioni nazionali di diversi paesi europei: Belgio (Johan Peeters), Francia (Sylvaine Laulom, Corinne Sachs Durand), Germania (Olaf Deinert, Katja Nebe, Daniel Klocke), Italia (Antonio Lo Faro, Luca Miranda, Luca Ratti, Iacopo Senatori), Olanda (Teun Jaspers, Ceciel Rayer) e Spagna (Joaquìn Aparicio, Emma Rodriguez).

La *summer school* in diritto del lavoro comparato, che rientra nel novero degli eventi organizzati in commemorazione della scomparsa del prof. Marco Biagi, a memoria del suo impegno nella promozione di simili incontri di studio comparato tra giovani studiosi provenienti da diversi paesi, si è aperta con il cordiale benvenuto del sindaco di Modena, Giorgio Pighi, e di Paola Reggiani Gelmini, Direttrice della Fondazione Marco Biagi. I lavori sono stati poi introdotti dal prof. Basenghi, ordinario di diritto del lavoro presso l'Università di Modena, in qualità di rappresentante dell'A.I.D.La.S.S. e di collaboratore della Fondazione Marco Biagi e dal prof. Lorenzo Gaeta, ordinario di diritto del lavoro presso l'Università di Siena, il quale ha presentato ai giovani studiosi della materia il seminario di Pontignano, guidando e coordinando i lavori per tutte le giornate di studio.

Il prof. Gian Guido Balandi, dell'Università di Ferrara ha quindi commemorato il grande Kenneth William Wedderburn of Charlton, affettuosamente chiamato Bill, scomparso all'inizio del 2012, all'età di 85 anni, dopo una dolorosa malattia. Bill Wedderburn, Maestro con una visione cosmopolita e interdisciplinare del fare dei giuristi del lavoro, si è sempre impegnato, oltre all'attività accademica presso la *London School of Economics and Political Science*, anche ad attività diverse in qualità di giurista politico, tanto da essere elevato nel 1977 a *Baron Wedderburn of Charlton*, su proposta del governo laburista e della House of Lord. Bill, protagonista della prima edizione di Pontignano del 1983, avrebbe poi partecipato ininterrottamente per quasi vent'anni ai seminari estivi di Diritto del lavoro di Pontignano permettendo « *il formarsi e il consolidarsi di quella rete di colleganze scientifico - accademiche - amicali tra le generazioni che si affacciavano al diritto del lavoro comparato, che ha segnato la disciplina negli anni successivi* » (1).

(1) BALANDI G.G., *Bill Wedderburn*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1/2012.

Come nelle edizioni precedenti, i professori rappresentanti delle diverse nazioni hanno relazionato sul tema scelto per l'occasione di confronto, relativamente al proprio contesto nazionale di riferimento, per poi collaborare con gruppi di studenti, dottorandi e dottori di ricerca, di diverse nazionalità, nella produzione di alcuni *reports* comparativi da presentare nella sessione finale del seminario, a chiusura dei lavori.

All'incontro scientifico hanno partecipato, infatti, alcuni dottorandi e dottori di ricerca italiani (Valentina Aniballi, Elisabetta Bavasso, Valerio Berti, Alice Bussolaro, Valentina Cagnin, Giulio Centamore, Annamaria Donini, Maurizio Falsone, Federico Fusco, Elena Gramano, Sabrina Grivet ed Enrica Pierini) e stranieri: dall'Austria (Christina Hiebl), dal Belgio (Nilde Marocchi, Aurélie Mortier, Kelly Reyniers, Marco Rocca), dalla Francia (Franck Lecomte, Anne Laure Mazaud, Camille Percher, Sophie Rossignol), dalla Germania (Aimee Waldon e Manfred Walzer), dall'Olanda (Vivian Bij de Vaate, Nina Buttgen, Pam Huffman, Miriam Kullmann) e dalla Spagna (Brais Iglesias, Julen Llorens).

2. *Le relazioni nazionali.*

2.1. *Belgio.*

Il prof. Johan Peeters ha illustrato il sistema di relazioni industriali in Belgio, che si caratterizza per un'alta densità di sindacalizzazione, con tassi del 50-60% per i lavoratori e del 76% dei datori di lavoro, vantando una copertura della contrattazione collettiva del 96%. I livelli di contrattazione sono tre: nazionale, settoriale (il *Group of 10*, ad esempio, un gruppo di associazioni rappresentative composto dai principali rappresentanti dei lavoratori e dei datori, negozia un accordo inter-professionale con cadenza biennale) e industriale. La libertà di concludere contratti collettivi (CLA, *Collective Labour Agreement*) è in Belgio un diritto riconosciuto e garantito a livello costituzionale: un contratto collettivo di lavoro può essere concluso tra un datore e uno o più sindacati, tra più datori e uno o più sindacati, ma anche tra le associazioni dei datori e uno o più sindacati: esistono diversi contratti collettivi, con diversi livelli di obbligatorietà.

Nonostante i diversi livelli di contrattazione, in ogni contratto collettivo belga è possibile discernere una parte contrat-

tuale da quella normativa, contenente previsioni individuali e collettive, espresse, sottese e obbligatorie. In dottrina, alcuni attribuiscono forza di legge ai contratti collettivi, altri li considerano dei meri accordi. In realtà, il contratto collettivo, proprio per le sue caratteristiche intrinseche, è qualificabile come « *un accordo con aspetti regolatori* ».

Proprio per le caratteristiche del sistema industriale nazionale, la decentralizzazione della contrattazione collettiva, e quindi del dialogo sociale, non è una questione ancora dibattuta, al momento, perché le parti sociali sono fortemente istituzionalizzate, vige una stretta gerarchia e pochi margini di deviazioni. Le clausole aperte, ad esempio, sono ammesse nei contratti collettivi ma non sono molto utilizzate, sia perché possono essere evocate solamente in casi limitati (ad esempio per le compagnie in temporanea difficoltà, per favorire la flessibilità del tempo di lavoro, per la regolazione del pensionamento anticipato), sia perché non possono essere in ogni caso delle clausole *one-side*, ovvero sono ammesse solo se preventivamente concordate con il sindacato.

2.2. *Italia.*

Secondo il prof. Lo Faro, l'essenza stessa delle relazioni industriali può essere colta solo con l'osservazione delle stesse, considerato che l'analisi esegetica delle fonti e, più propriamente, la ricostruzione della disciplina legislativa in materia, è solo l'ultimo passo per l'inquadramento dell'argomento. Da qui, viste le profonde trasformazioni del sistema italiano di relazioni industriali succedutesi negli ultimi tre anni, riconducibili, almeno per quanto ne concerne i natali, al Caso Fiat, la decisione di declinare il tema della contrattazione collettiva in termini di contrattazione di prossimità.

Prima degli accordi Fiat intatti, e precisamente prima degli accordi intervenuti tra il 2009 e il 2010, il sistema delle relazioni industriali si basava sulle disposizioni contenute nello Statuto dei lavoratori del 1970: le norme ivi contenute non concernevano e non entravano nel merito degli effetti legali degli accordi collettivi, ma si limitavano ad indicare i soggetti autorizzati alla firma degli accordi.

Esiste dunque un collegamento, o meglio si apre la questione

della relazione tra gli effetti legali degli accordi, le regole della rappresentanza e le strutture della contrattazione.

La contrattazione collettiva, nei paesi con culture e tradizione come l'Italia, si basa sostanzialmente su uno scambio tra parti. Se negli anni '70 il conflitto si riscontrava tra sindacati e datori di lavoro, nel decennio successivo sono i lavoratori che si scontrano con i sindacati stessi. Oggi i sindacati sembrano non ritenere vincente l'opportunità di gestire la crisi mediante il raggiungimento di compromessi sulla contrattazione. Nel caso Fiat, però, la contrattazione collettiva aziendale ha derogato alle previsioni contenute negli accordi collettivi nazionali.

Il dibattito che si è quindi aperto concerne la possibilità che questo accada legittimamente. Nel caso riportato, infatti, non vi era alcuna norma applicabile, o di previsione in tal senso, salvo l'accordo del 2009, che riconosceva alla contrattazione collettiva decentrata la possibilità di derogare a quella nazionale. Tale accordo, mentre da una parte riconosce appunto la possibilità di derogare al contratto collettivo nazionale, precisa come le deroghe possano avere efficacia solo temporanea e non riguardino gli aspetti essenziali del contratto di lavoro, come lo stipendio minimo.

In questo contesto di contrattazione e di grande innovazione, come si poteva prevedere, tale novità non ha incontrato il favore di tutti i sindacati, a partire dalla CGIL (il più grande sindacato in Italia) la quale non ha firmato tale accordo, perché considerato una minaccia al principio dell'inderogabilità della norma legale.

Successivamente, nel 2010, viene firmato un nuovo accordo senza l'espressa previsione della sua sostituzione a quello del 2009, con la conseguenza che un clima di forte incertezza si è abbattuto sugli operatori con riferimento e all'applicabilità e all'operatività degli accordi stessi. Tale incertezza risente soprattutto dell'innovazione apportata dal contenuto degli accordi, in particolare per quanto riguarda le regole sulla rappresentanza e la previsione di clausole aperte alla deroga da parte della contrattazione collettiva decentrata.

In applicazione degli accordi che prevedevano la possibilità di deroga *in pejus* alla contrattazione collettiva nazionale, a mezzo di un *draft* di contratto collettivo designato unilateralmente dalla Fiat, la produzione di Fiat Panda è stata ri-localizzata in Italia.

La Fiat abbandona quindi il contratto collettivo nazionale e

diventa un *free rider*, uscendo da Confindustria e applicando il proprio contratto collettivo aziendale: si apre dunque un acceso dibattito sull'efficacia della contrattazione di prossimità e sui meccanismi di misura della rappresentatività.

Alla fine del giugno del 2011 viene siglato un accordo interprofessionale tra i sindacati dei lavoratori e l'associazione dei datori al fine di raffreddare il clima acceso tra le parti sociali. Tale accordo prevede un sistema organizzativo decentrato. L'accordo del Giugno del 2011 ha vita breve perché è stato rimpiazzato, da un altro atto, adottato poche settimane dopo.

Si assiste quindi all'inizio di nuovo periodo delle relazioni industriali: viene utilizzata una nuova forma lessicale per l'individuazione di accordi con un ambito di operatività non solo aziendale, ma anche territoriale, gli « accordi di prossimità ». La deroga *in pejus* è concessa non solo alle previsioni di natura contrattuale previste sul piano nazionale ma anche ad alcuni *standards* previsti dalla legge, come l'orario di lavoro, l'utilizzo d'impianti audiovisivi e di nuove tecnologie, i contratti *part time*, a termine e contratti non standard in genere, la trasformazione e la conversione dei contratti, le mansioni e l'inquadramento, le modalità d'uso del lavoro somministrato, le modalità di assunzione e le conseguenze del recesso (salvo per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice madre, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino e del licenziamento in caso di adozione o affidamento).

La decentralizzazione in Italia è giustificata e si è diffusa per far fronte a problematiche di tipo economico, ovvero alla necessità di abbassare gli *standards* lavorativi per ragioni attinenti alla libertà d'impresa e alla competitività delle aziende nazionali.

In altri Paesi, come la Gran Bretagna e la Germania (sempre presa come un buon esempio di decentralizzazione) la decentralizzazione ha risolto alcuni problemi, mentre in Italia, alla luce degli avvenimenti degli ultimi anni, è stata utilizzata con finalità derogatorie, al punto di rimettere in discussione l'intero sistema di relazione tra fonti. Ciò si aggiunge alla peculiarità del sistema italiano caratterizzato da evidenti forme di frammentazione sia economica che sociale, che divide il paese in tante « micro Italie », rendendo difficile la convivenza di plurime differenti situazioni al

di sotto del medesimo ombrello regolativo rappresentato dal singolo accordo settoriale nazionale.

La decentralizzazione, quindi, può assumere tendenzialmente una finalità di coordinamento o di sostituzione. Il legislatore italiano non è riuscito, però, a inserirsi in modo sistematico in quanto il suo intervento nelle relazioni industriali, per tradizione giuridica, ne è l'ultimo compito.

Si rileva come vi sia stata una forte influenza di matrice europea, soprattutto a mezzo di atti di indirizzo non vincolanti, come i *memorandum*, sebbene l'Unione giochi un ruolo marginale nella promozione della contrattazione collettiva decentrata.

Infatti, si utilizza nel linguaggio europeo il termine « sussidiarietà », che assume però un significato diverso rispetto al termine di « decentralizzazione » che, invece, ha un sentore più economico.

Di decentralizzazione si può parlare solo se esiste un sistema di contrattazione di tipo centralizzato e solo se vi sono materie sulle quali vi è interesse locale o aziendale a derogare.

Il principio della deroga nella contrattazione collettiva è del tutto nuovo nel sistema italiano, non tanto perché non se ne prevedesse l'esistenza, quanto piuttosto perché solo nel 2011 è nato un documento che ne sancisce e regola l'operatività.

Il legislatore in ogni caso sembra richiedere l'intervento della contrattazione collettiva decentrata alla quale riconosce il potere di raggiungere un buon livello di competitività aziendale nonché obiettivi di differenziazione e di adattamento.

Quanto all'efficacia delle previsioni contenute nei contratti di prossimità, si riscontra nel legislatore, per il tramite dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 convertito in l. n. 148/2011, la volontà di attribuirvi efficacia *erga-omnes*. Nel caso italiano l'opzione in favore della decentralizzazione non è stata il risultato solo di fattori esterni ma il diretto effetto di scelte legislative: il legislatore ha infatti avvertito la necessità per gli attori economici di attribuire effetto obbligatorio ai contratti collettivi di prossimità.

L'effetto *erga-omnes* dei contratti di livello locale è stato spesso sostenuto anche dalla Corte di Giustizia Europea, la quale coordina la fonte contrattuale nel sistema delle fonti.

Gli effetti che si riscontrano in prima battuta sono certamente diretti con riferimento alle fonti del rapporto di lavoro, nonché avendo riguardo al ruolo giocato dalla legislazione.

La derogazione, generalmente, è consentita se finalizzata a

procurare vantaggi rispetto a degli obiettivi sociali maggiori, quali una maggiore occupazione o la regolarizzazione del lavoro nero, e può essere portata avanti non solo dai sindacati nazionali ma anche dai sindacati che sono rappresentativi, a patto che essa non sia contraria alle norme costituzionali e alla legislazione internazionale ed europea.

Il prof. Lo Faro chiude, quindi, la relazione proponendo ai partecipanti al seminario alcune riflessioni sul futuro e sulla direzione che il dibattito su questo tema può suscitare: in primo luogo, sull'effettivo ruolo di tipo « sostitutivo » delle fonti nazionali, in secondo luogo sul rapporto che i contratti collettivi intrattengono con le fonti, non solo di rango statale, ma anche di derivazione europea.

2.3. *Olanda.*

In Olanda, secondo quanto spiegato dai relatori Teun Jasper e Cecil Rayer, il sistema della contrattazione collettiva e, più in generale, il sistema delle relazioni industriali è piuttosto flessibile, poiché manca una legislazione specifica in materia.

Qui le libertà di associazione, di sciopero e di contrattazione collettiva, non hanno una tradizione costituzionale ma i riferimenti normativi in materia si individuano a livello nazionale in due statuti sulla contrattazione collettiva e, a livello internazionale, nella ratifica delle Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sul tema, nonché nello stesso contenuto della Carta Sociale Europea.

In questo stato non esiste la contrattazione collettiva nazionale, mentre è molto sviluppata quella settoriale, per l'importanza e la forza che le associazioni di categoria hanno in questo paese.

Le relazioni industriali guardano alla pratica e alla tradizione più che alla legge: in Olanda c'è una grande influenza dei sindacati, sia di quelli datoriali, sia di quelli dei lavoratori, nelle scelte politiche, e una grande cooperazione tra i sindacati delle diverse categorie. Tale cooperazione consente alla dottrina di considerare l'Olanda un paese corporativista, nonostante il sindacato datoriale (in realtà esistono due associazioni datoriali, uno per le piccole medie imprese, uno per le grandi imprese) sia molto più forte rispetto al sindacato dei lavoratori. Per questo motivo il livello di contrattazione più sviluppato è quello settoriale, mentre manca

totalmente la contrattazione nazionale. Quanto al livello aziendale, si è invece ipotizzato un forte impulso nel prossimo futuro.

Con riferimento, invece, al processo di contrattazione collettiva, i docenti hanno evidenziato la semplicità con la quale è possibile stabilire un sindacato e quindi accedere alla negoziazione: una volta ottenuto il documento qualificante l'attività del gruppo di lavoratori come un'associazione, è possibile rivolgersi al datore di lavoro, e concludere con lui un accordo.

I sindacati sono, però, attualmente in crisi perché il numero degli iscritti sta diminuendo negli anni: i giovani lavoratori non si iscrivono al sindacato e non esistono livelli minimi di numero iscrizioni per formare un sindacato, né vige alcun criterio di rappresentatività.

Fino al 1982 la materia salariale non è stata oggetto di contrattazione collettiva, poi i sindacati, congiuntamente alle associazioni datoriali, hanno spinto perché il governo, con l'appoggio dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, concedesse loro la possibilità di contrattare sui salari.

Come anticipato, in Olanda c'è una forte aspettativa riguardo all'aumento dell'importanza del contratto collettivo aziendale, e del suo conseguente forte impulso, per diverse ragioni: non solo perché la concorrenza da parte degli altri paesi europei aumenta, ma anche perché aumenta sempre più il numero di gruppi di impresa che operano contemporaneamente in diversi settori. Per queste imprese non è applicabile un unico contratto settoriale, ma risulta senza dubbio più opportuno formulare un contratto a livello imprenditoriale o aziendale. Tuttavia, la contrattazione aziendale si diffonderà e sarà efficace nella regolazione delle relazioni tra le parti solo a due condizioni: è necessario in primo luogo un cambiamento dell'atteggiamento e della propensione dei datori di lavoro a collaborare con i sindacati nella stesura e nell'implementazione di tali contratti, e, in secondo luogo, la diffusione all'interno dei gruppi di lavoratori di una fiducia nello strumento, perché abbiano delle motivazioni forti e valide per aderire a un sindacato, come, ad esempio, il riconoscimento di ulteriori *benefit* a fronte dell'adesione, per un loro concreto e serio coinvolgimento nel sistema delle relazioni sociali.

2.4. *Francia.*

La delegazione francese, rappresentata da Sylvaine Laulom e Corinne Sachs Durand, ha suddiviso l'inquadramento della tema-

tica della contrattazione collettiva decentrata nei due livelli di contrattazione collettiva del sistema francese: quello di settore, al quale competono materie quali le paghe, la formazione professionale, le condizioni stesse della contrattazione collettiva, la parità di trattamento, e quello aziendale, un livello al quale le parti sociali si occupano non solo di paghe ma anche di orario di lavoro, occupazione, parità di trattamento nell'impresa, diritti sindacali e condizioni di lavoro.

Le caratteristiche principali del sistema della contrattazione collettiva francese sono l'altissimo livello di estensione e applicazione dei contratti conclusi dalle rappresentanze sindacali, che garantisce una copertura della contrattazione collettiva del 90%, percentuale in contrasto se paragonata al bassissimo livello di sindacalizzazione, pari a meno dell'8% dei lavoratori.

L'exkursus storico offerto dalle docenti ha evidenziato come la contrattazione collettiva abbia iniziato a svilupparsi e diffondersi in Francia a partire dal diciannovesimo secolo. Successivamente tale prassi sindacale ha iniziato ad essere inquadrata nell'ordinamento francese per poi trovare in una prima legge del 1919, relativa al riconoscimento dei sindacati, il suo primo statuto. Nel corso dei decenni una lunga serie di fonti normative ha modificato il sistema delle relazioni industriali per poi arrivare ad una grande riforma, la più grande ed importante nella storia del diritto sindacale francese, emanata di recente, con la prima legge del 2004 e poi con la legge del 2008.

Attualmente, lo schema regolativo dell'ordinamento francese in tema di contrattazione collettiva trova la sua fonte primaria nel preambolo della Costituzione che garantisce il diritto alla contrattazione collettiva disponendo che tutti i lavoratori abbiano il diritto, tramite la mediazione dei propri rappresentanti, di partecipare alla contrattazione collettiva al fine di determinare le proprie condizioni di lavoro e la gestione del posto di lavoro stesso.

Una delle principali caratteristiche del sistema regolativo di fonte sindacale è rappresentata dal fatto che tradizionalmente il principale livello di contrattazione è rappresentato da quello di settore. La legge è il fondamento e il punto di riferimento della struttura e delle modalità della contrattazione collettiva, ponendone anche, in linea generale, gli scopi che deve perseguire.

Il sistema francese consente solo ai sindacati rappresentativi di accedere e siglare accordi collettivi con efficacia vincolante

(come per il Belgio), in quanto in questo ordinamento il contratto collettivo ha un effetto *erga omnes*: in una politica di forte estensione non è necessario che il lavoratore sia iscritto al sindacato, l'importante è che abbia firmato l'accordo.

Il processo evolutivo della contrattazione collettiva francese trova alcune tappe fondamentali nello sviluppo e nella diffusione dei contratti collettivi aziendali, nel mutamento dei contenuti stessi della negoziazione e delle norme che ne regolano la produzione. I contratti collettivi aziendali hanno avuto un'ampia diffusione a livelli nazionale sia perché possono derogare all'accordo di livello superiore, sia perché, nel caso in cui non ci siano dei sindacati rappresentativi, l'ordinamento francese riconosce la possibilità di concludere accordi collettivi anche ad alcuni attori diversi dai sindacati.

i) *Il processo di decentralizzazione.*

Negli anni Ottanta si assiste ad un primo mutamento nello sviluppo della contrattazione collettiva e nel suo rapporto con la legge: sorgono infatti accordi derogatori rispetto alla previsione normativa con contenuto anche peggiorativo rispetto a quanto previsto dalle fonti statali. La tendenza è stata quindi quella di derogare sempre più alla legge, anche se si è tentato di allineare le deroghe a livello settoriale e a livello di impresa.

Tra il 1998 e il 2000 le leggi sull'orario di lavoro (35 ore la settimana) hanno contemplato espressamente la possibilità che si sviluppasse, su tale materia, una contrattazione collettiva decentrata a livello aziendale.

A partire dal 2004, con la legge approvata in data 4 maggio, iniziano a cambiare fortemente le regole utilizzate per la regolazione della contrattazione collettiva nonché la stessa gerarchia delle fonti sia sul piano del rapporto tra fonte contrattuale e legge, che sul piano dei rapporti orizzontali tra contratti di diverso livello. Si evidenzia quindi una forte tendenza, più tardiva, di decentralizzazione, ma con una più grande autonomia del livello d'impresa: l'impresa può derogare al livello settoriale, anche in senso meno favorevole per il lavoratore, ma tali deroghe non possono mai concernere i livelli minimi di paga, cioè il cosiddetto SMIC (salario minimo garantito), le qualifiche, i diritti in materia di sicurezza sociale, la mutualizzazione dei fondi per la formazione

professionale. Il contratto collettivo di settore può, inoltre, prevedere ulteriori ambiti entro i quali il contratto aziendale non può entrare in direzione derogatoria.

Con la legge del 20 agosto 2008 la priorità viene accordata al contratto di livello aziendale il quale può annualmente fissare il massimo di ore di lavoro straordinario che possono essere prestate.

Quanto alla relazione tra il contratto collettivo e contratto individuale una recente decisione della Corte di Cassazione francese del 19 settembre 2010 ha affermato che la previsione, a mezzo della contrattazione collettiva, delle modifiche *pro rata* in materia di orario di lavoro costituisce una modifica diretta del contratto individuale che non può essere imposta al lavoratore. Solo due anni dopo l'art. 45 della legge del 22 marzo 2012, al fine di eliminare ogni incertezza sul punto, ha previsto che l'accordo del lavoratore non sia più necessario per imporre tali modifiche.

Una ancor più recente proposta di Sarkozy ha riguardato la conclusione di accordi c.d. « *compétitivité-emplois* », accordi conclusi a livello aziendale in condizioni economiche particolari che possano prevalere rispetto a tutti gli altri accordi, anche al contratto individuale.

Si registra quindi una chiarissima tendenza al decentramento della contrattazione collettiva sebbene i contratti di settore giochino ancora un ruolo molto importante.

ii) *Gli attori della contrattazione collettiva.*

La nuova tendenza alla decentralizzazione apre alcuni problemi relativi alla legittimazione dei soggetti che entrano nella contrattazione collettiva, soprattutto a livello aziendale.

Dato per assodato che dalla parte datoriale il contratto è siglato da parte del datore di lavoro, dal rappresentante legale o da un suo delegato, per la parte dei lavoratori si pongono questioni attinenti alla capacità degli stessi di concludere accordi.

Prima degli interventi sulla legittimazione delle parti sociali vigeva una presunzione legale di rappresentatività, consentendo quindi l'accesso al tavolo della contrattazione anche a sindacati con un bassissimo livello di adesione e quindi di rappresentatività: anche con pochi aderenti si poteva avere un sindacato all'interno dell'impresa e tali organizzazioni potevano negoziare degli accordi

derogatori, purché più favorevoli per il lavoratore. I problemi che si ponevano erano quindi relativi all'efficacia degli accordi derogatori o di « *give and take* » conclusi da questi rappresentanti sindacali, ove fossero presenti, posto che spesso, soprattutto in imprese di piccole dimensioni non esistevano rappresentanze sindacali e di conseguenza nemmeno accordi aziendali: si è sviluppata quindi una soluzione che permettesse anche a chi non era sindacalizzato di contrattare.

Le soluzioni proposte riguardavano in primo luogo il mutamento dei criteri di misurazione della rappresentanza, la modifica delle condizioni per poter concludere un accordo collettivo e l'apertura al tavolo della contrattazione anche a soggetti diversi dai sindacati.

L'art. L 2121-1 del codice civile riformato nel 2008, prevedendo diversi criteri di rappresentatività impone agli attori sociali la dimostrazione della sussistenza, in capo alla loro stessa organizzazione sindacale, delle sette condizioni per essere considerati rappresentativi.

I nuovi criteri riguardano:

- a) il rispetto dei principi fondamentali della repubblica;
- b) l'indipendenza (in particolare dal datore di lavoro);
- c) la trasparenza finanziaria;
- d) la presenza di un'esperienza biennale nel campo professionale di riferimento e nell'area geografica di interesse (i due anni decorrono dal deposito dello statuto);
- e) l'audience, variabile a seconda del livello in cui ci si pone (es.: l'aver ottenuto almeno il 10% dei voti alle precedenti elezioni aziendali);
- f) l'influenza, sia per ciò che concerne l'attività svolta nel passato, che per quanto attiene all'esperienza nell'impresa;
- g) il numero di iscritti.

Le nuove condizioni per siglare un accordo collettivo sono il raggiungimento di un livello di rappresentatività di almeno 30 % dei lavoratori, nonché l'assenza di opposizioni specifiche da parte della maggioranza dei lavoratori.

Altri soggetti possono concludere accordi: alcuni lavoratori, a determinate condizioni previste dalla legge, generalmente eletti o indicati e scelti dai sindacati.

In conclusione, nel sistema francese è quindi aumentato il controllo sull'effettivo livello di rappresentatività dei sindacati,

poiché la relativa libertà nella determinazione del contenuto degli accordi a livello aziendale ne consente un rapido sviluppo e una conseguente diffusione a livello nazionale.

2.5. *Germania.*

Il tema della decentralizzazione della contrattazione collettiva in Germania è stato affrontato da Olaf Deinert e Katja Nebe.

Anche se la contrattazione collettiva in Germania è un diritto costituzionale, non ci sono delle previsioni specifiche sulla contrattazione collettiva ma solo sulla validità e sulla portata degli accordi collettivi.

Si evidenzia come tendenzialmente non si possa derogare agli accordi collettivi i quali hanno efficacia solo per i membri dei sindacati. È sempre quindi necessaria la dimostrazione che il lavoratore sia membro del sindacato firmatario e che anche il datore sia membro dell'organizzazione datoriale firmataria affinché l'accordo sia applicabile.

Gli accordi collettivi hanno, però, efficacia normativa solo nei confronti dei membri. Gli accordi aziendali, invece, vengono stipulati con sindacati a legittimazione democratica, ma hanno efficacia *erga omnes* (BetrVG 1972).

Quanto alla relazione tra fonti contrattuali l'art. 9 Cost. tedesca in combinato disposto con il paragrafo § 77 III, 87 I BetrVG, prevede che la priorità in caso di contrasto sia data ai contratti collettivi in ogni caso. Il BetrVG prevede che possano essere stipulati accordi di impresa e che tutte le operazioni attinenti alle relazioni sindacali siano effettuate in una cooperazione pacifica tra parti sociali. È garantita l'attività dei sindacati a livello aziendale.

La logica degli accordi aziendali si inserisce in uno schema *bottom-up*. Nella concorrenza tra diversi accordi collettivi si applica il criterio della specialità mentre per gli accordi addizionali quello della pluralità.

La decentralizzazione inizia a diffondersi in Germania dopo la Seconda Guerra Mondiale, momento in cui inizia a farsi forza un collegamento più stretto tra i sindacati nazionali e i comitati aziendali. Si diffonde la politica della contrattazione regionale sebbene non sia possibile la contrattazione da parte dei comitati aziendali sull'organizzazione dei posti di lavoro.

A partire dagli anni '70 la crisi economica determina una diminuzione del potere contrattuale anche a fronte del fatto che vi è una diminuzione degli iscritti alle associazioni sindacali, in particolare nel settore pubblico.

Inizia quindi il dibattito sulla « inflessibilità » dell'efficacia vincolante degli accordi consentendo quindi agli attori sindacali di ottenere un nuovo livello di contrattazione caratterizzato dalla presenza di clausole aperte per poi arrivare a un sistema di deroghe controllate (*Pforzheimer Abkommen*).

Successivamente si consente ai sindacati con un livello di adesioni anche basso la discussione sul minimo di salario e vengono incrementati gli scambi e i contatti tra i comitati aziendali, nonché la possibilità di addivenire ad un tavolo di trattativa grazie alle clausole aperte.

Nell'industria metallurgica inizia a farsi strada la libertà contrattuale in parziale assenza di sindacati e comitati aziendali. La struttura pluralistica degli accordi è in questo settore dovuta allo stesso pluralismo sindacale e alla stessa organizzazione dei sindacati nel settore artigiano e manifatturiero.

Oggi la decentralizzazione è composta da una serie di deroghe controllate e dall'uso di clausole aperte.

Gli accordi conclusi a livello aziendale e locale aumentano da una diffusione all'interno di 2.550 imprese nel 1990 fino a quasi 10.000 imprese nel 2010. Il 2011 ha visto un velocissimo aumento di questo dato, fino ad arrivare ad una quota di 37.410 imprese che applicano i contratti aziendali. Circa l'8% dei contratti individuali è regolato da contratti collettivi locali, circa il 50% dal livello regionale.

Le tipologie di contratti conclusi sulla base dei meccanismi di decentralizzazione sono: i contratti organizzativi applicati ad una sola impresa, i contratti aziendali, i contratti di ristrutturazione in caso di crisi economica dell'azienda, le clausole aperte per la contrattazione locale e la possibilità di prevedere soluzioni *ad hoc* per imprese di alto livello.

Quanto agli accordi « locali », possono essere conclusi dal datore di lavoro e sono in stretta relazione con quelli regionali, ai quali normalmente succedono, potendo, poi, coesistere diversi accordi in presenza di lavoratori membri di diversi sindacati

Quanto invece agli accordi « operativi » (*Betriebliche Bündnisse für Arbeit*), essi hanno livello locale (possono prevedere con-

dizioni più basse o una protezione aggiuntiva contro il licenziamento), non si possono considerare legittimi se non previsti da clausole aperte e possono essere oggetto di contestazione da parte dei sindacati interessati dinnanzi al tribunale del lavoro.

Le agenzie per il lavoro hanno invece dei contratti collettivi differenti, possono derogare ai principi della parità di trattamento (salvo per quanto riguarda i livelli minimi di salario), anche se in questo caso è necessaria attivare una procedura di codecisione tra comitati aziendali.

Con riferimento invece ai lavoratori *free lance*, questi non sono coperti da contratti collettivi (tranne per i casi di dipendenti di fatto), e non è prevista alcuna forma di codecisione.

Esiste una nuova forma di associazione di sindacati che cerca di svincolarsi dagli obblighi tariffari unitari imposti a livello territoriale. I membri di tali gruppi detti OT (*Ohne — senza — Tarifbindung*) possono rifiutare l'operatività dei contratti collettivi nei loro confronti e richiedere una nuova contrattazione a livello di impresa. Stipulano contratti in caso di crisi economiche e in genere sono portatori e veicolo di deroghe all'impianto regionale previsto degli accordi collettivi di livello superiore.

Alcune reazioni a questo nuovo fenomeno di raggruppamento sindacale e rivendica dell'inoperatività di « tariffe » o soluzioni regionali sono state manifestate da parte del Parlamento, dalle corti e dalle stesse parti sociali. In particolare queste ultime, a differenza della preoccupazione mostrata da parlamento e nella giurisprudenza, dal lato imprenditoriale ritengono sia un fenomeno sintomatico e fisiologico delle relazioni industriali in cambiamento, mentre dalla parte dei lavoratori i sindacati ritengono che la deroga debba e possa essere resa possibile solo in modo controllato e solo se associata alla misura della rappresentatività.

Concludendo, si registra un'evoluzione del sistema regionale di contrattazione, la decentralizzazione è connessa a un abbassamento delle tutele del lavoro e a una differenziazione necessaria degli *standard* applicabili per ciascun settore. Essa ha avuto un forte impulso dalla crisi economica ma si è registrata fino ad oggi, d'altro canto, una decrescita del numero delle adesioni alle organizzazioni sindacali. È probabile che in questo periodo storico le relazioni industriali tedesche siano al giro di boa in quanto la partecipazione è in aumento e così anche la forza contrattuale dei sindacati.

2.6. Spagna.

In Spagna, come spiegato dalla prof. Emma Rodriguez, si è vista la presenza di un sistema piuttosto stabile fino agli interventi del 2012. In questo sistema vi sono tre differenti modelli di negoziazione al fine di raggiungere un accordo, che corrispondono ciascuno a un diverso livello di contrattazione: nazionale, industriale o aziendale.

Il decreto reale n. 3/2012 contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, è stato approvato il 6 luglio 2012. Il giorno immediatamente successivo, il 7 luglio 2012, una nuova legge recante ulteriori misure urgenti per il mercato del lavoro veniva approvata. Il testo del decreto così composto contiene un lungo preambolo di ragioni a giustificazione dei contenuti e dei mutamenti che impone la riforma, che riguardano principalmente la regolazione e le norme sul lavoro, suddivisi in capitoli e numerose previsioni aggiuntive.

Il capitolo primo contiene le misure volte a favorire la promozione dell'occupazione e incorpora nuove norme in materia di intermediazione del lavoro, di formazione professionale e indennità dei contributi al sistema sanitario nazionale nel contratto per l'istruzione e la formazione.

Il capitolo secondo regola, invece, la promozione di contratti a tempo indeterminato e di altre misure per favorire la creazione di posti di lavoro. È qui che si trova uno dei « gioielli della corona », secondo il nuovo governo: il contratto di lavoro a tempo indeterminato viene considerato come uno strumento destinato a vantaggio degli imprenditori. Si trovano, inoltre, importanti cambiamenti nella disciplina relativa ai contratti a tempo parziale, nonché su quella del telelavoro. Sono poi previste alcune regole concrete per le imprese, le quali, a seconda del numero dei dipendenti, avranno diritto al bonus per i pagamenti delle quote per il sistema sanitario nazionale a titolo di risarcimento per la conversione dei contratti di *stage*, dei contratti di rilascio e dei contratti di sostituzione in contratti a tempo indeterminato.

Il terzo capitolo, poi, è dedicato alle « *Misure per favorire la flessibilità interna nelle imprese come alternativa alla distruzione di posti di lavoro* » e contiene modifiche di indubbia importanza. Tali interventi attengono in primo luogo ai sistemi di classificazione professionale, all'irregolare distribuzione del tempo di lavoro, alla

necessità di ampliamento della gestione di opzioni per l'applicazione di modifiche funzionali, alla mobilità geografica, alla modifica sostanziale delle condizioni di lavoro. Si trovano, inoltre, alcune norme in materia di sospensione e di conclusione dei rapporti di lavoro per ragioni economiche, tecniche, organizzative, produttive o di forza maggiore (si assiste in questo caso alla soppressione della autorizzazione amministrativa preventivamente necessaria), nonché nuove regole attinenti alla materia che qui interessa e cioè la struttura e l'organizzazione della contrattazione collettiva.

In modo un po' disordinato la legge regola anche le misure di sostegno al reddito (indennità di compensazione del datore di lavoro per i contributi al servizio sanitario nazionale) in caso di sospensione del rapporto e in caso di riduzione dell'orario di lavoro, ripristinando inoltre le indennità di disoccupazione.

Nel capitolo quarto, relativo alle « *Misure per favorire l'efficacia del mercato del lavoro e ridurre la sovrapposizione del lavoro* », vengono proposte nuove regole per disciplinare l'estinzione collettiva dei contratti di gestione che danno il diritto di avere l'ultima parola nel processo di decisione. L'assenteismo sul posto di lavoro è inoltre riconosciuto essere motivo legittimo per risolvere il contratto, sono posti nuovi limiti per gli stipendi di transizione nei casi in cui il dipendente venga riassunto e sono modificate le norme in materia di contributi economici al fondo « FOGASA » (fondo di garanzia per il salario), nonché quelle che regolavano i licenziamenti.

Il capitolo quinto, infine, modifica in parte la precedente legge dell'11 ottobre 2011, n. 36/2011, che disciplinava la competenza sociale, l'indipendenza di gestione e decisione da parte del datore senza bisogno di ricorrere all'approvazione della pubblica amministrazione, su temi quali: la riduzione della giornata di lavoro, la sospensione collettiva e la risoluzione del contratto. Viene di fatto creata, quindi, una nuova procedura speciale per abbinare le modifiche sostanziali e le modifiche contrattuali. Questa nuova indipendenza decisionale vale anche per altri cambiamenti significativi soprattutto nelle procedure di licenziamento.

Il capitolo terzo, come accennato, è particolarmente interessante perché si occupa degli eventi che possono intercorrere nel rapporto di lavoro, della contrattazione collettiva e delle misure in caso di sospensione dell'attività o di riduzione dell'orario.

Si assiste ad una scomparsa giuridica delle categorie profes-

sionali. La legge impone l'applicazione di un sistema di valutazione professionale di anno in anno (secondo la nona disposizione addizionale della legge di cui si tratta) in base a determinati gruppi professionali. Quando le funzioni si sovrappongono la valutazione per la categoria professionale sarà effettuata sulla base della prevalenza dell'attività effettuata per un tempo maggiore. Questa modifica è stata introdotta per sostituire il precedente regolamento in cui la distinzione tra categorie si fondava, invece, su un criterio di maggioranza di funzioni, diverso quindi da quello temporale.

Il tempo di lavoro è distribuito in « periodi di lavoro », nuova dizione e criterio che permetterà ai datori di lavoro di distribuire il 5% del tempo di lavoro annuale prestato in eccedenza rispetto al tetto massimo durante un determinato periodo, salvo specifici accordi negoziali. Questa possibilità era già contemplata come contenuto minimo dei contratti collettivi e, con questa legge, viene estesa a tutte le aree gestionali, investendo anche i riposi giornalieri e settimanali.

Oltre ad una serie di modifiche riguardanti la mobilità geografica e l'uso delle risorse umane, nonché la modifica delle condizioni contrattuali, il nuovo testo di legge si concentra proprio sul tema della contrattazione collettiva.

L'art. 14 della nuova legge impone una modifica sostanziale che contempla la possibilità, non prevista dalla normativa precedente, di non applicare il contratto collettivo di riferimento ma, piuttosto, quello della specifica azienda o del gruppo d'impresa. Tale possibilità è concessa in una vasta gamma di situazioni identiche a norma dell'art. 41, in caso di modifiche sostanziali delle condizioni di lavoro.

Un'applicazione meramente temporanea del contratto aziendale è consentita nelle more dell'attesa della conclusione di un nuovo contratto applicabile all'impresa, nel caso in cui sia la situazione economica sia negativa e in caso diminuzione persistente del fatturato dell'impresa. Il nuovo articolo definisce la diminuzione persistente dell'attività come quella che si manifesta « nel corso di due trimestri consecutivi » (ancora nessuna indicazione esiste su come il datore di lavoro debba o possa giustificare detta decrescita).

Quando il periodo di consultazione termina senza che sia raggiunto un accordo, o in caso in cui le parti non abbiano rispettato

le procedure imposte, una delle parti sociali avrà il diritto di presentare la sua proposta di soluzione alla Commissione Nazionale di consulenza per i contratti collettivi. Detta Commissione adotterà una decisione, autonomamente o attraverso un mediatore designato dagli organismi regionali designati dalla legge, entro e non oltre 25 giorni dalla data in cui il reclamo è stato depositato. Tale decisione avrà la stessa efficacia degli accordi raggiunti con la contrattazione e per tutto il periodo di consultazione. La legge disciplina anche quali siano le funzioni della Commissione Nazionale per la consulenza contratti collettivi e le modalità in cui essi dovrebbero essere sviluppati.

Gli artt. 14, 2 e 3 del r.d. influenzano in modo significativo il regime di concorrenza degli accordi collettivi. Il nuovo art. 84.2 attribuisce una priorità al contratto aziendale, affermando chiaramente che: « *I contratti e gli accordi collettivi di cui all'articolo 83.2 (cioè quelli che non siano di livello aziendale) non avranno la priorità applicativa prevista nell'articolo citato* ».

Quanto alla rinegoziazione è previsto che la revisione del contratto possa essere richiesta in qualsiasi momento, anche mentre è ancora vigente e non scaduto il contratto di cui si chiede la revisione. Tale richiesta può essere avanzata da coloro che hanno il potere di partecipare alle trattative.

Il principio dell'ultrattività dell'accordo collettivo scompare, sebbene le clausole normative siano mantenute in assenza di un accordo contrario.

Le parti hanno un periodo massimo di due anni dopo la conclusione del contratto collettivo per raggiungere un nuovo accordo. Dopo questo periodo, in assenza di una sentenza o di un nuovo accordo, il contratto precedente perderà validità e « *a seconda dei casi, dovrà essere applicato un contratto in vigore di livello più alto* ».

Quanto alle misure di sostegno al reddito è prevista una copertura del 50% dei contributi che il datore di lavoro deve versare. Il tetto massimo per poter chiedere il sostegno e lo sgravio del 50% è di 240 giorni per dipendente. Ottenuta tale agevolazione, il datore di lavoro ha l'obbligo di mantenere l'occupazione per almeno un anno dopo la procedura di sospensione o la riduzione della giornata lavorativa/orario di lavoro.

I lavoratori i cui contratti sono sospesi o le loro giornate lavorative ridotte a seguito di un piano di ridimensionamento tem-

poraneo per ragioni economiche, tecniche, organizzative, o di produzione, potranno beneficiare di un'indennità disoccupazione per un determinato periodo di tempo, successivo alla perdita del posto di lavoro, anche se questa sia avvenuta dopo procedure di sospensione o riduzione dell'orario.

È prevista, al fine di far fronte alla mancanza di risorse anche nel settore pubblico, la possibilità anche in questo settore di arrivare a un licenziamento per cause correlate economiche, tecniche, organizzative o di produzione nel settore pubblico (« *Licenziamenti basati su ragioni economiche, tecniche, organizzative, o produttive* »).

3. *Le relazioni dei gruppi di lavoro.*

3.1. *Gli attori della decentralizzazione ai tempi di crisi (2).*

Dopo una premessa sulle modalità di lavoro seguite, il gruppo di lavoro, dedicato all'approfondimento degli attori protagonisti della decentralizzazione della contrattazione collettiva, si è concentrato, in apertura, su alcune definizioni. In particolare la prospettiva da cui i lavori sono partiti riguarda le modalità di accesso alla contrattazione collettiva e i criteri di rappresentatività, la struttura e l'evoluzione della contrattazione sia a livello nazionale sia di settore nonché la struttura e gli sviluppi della contrattazione collettiva a livello di impresa.

Vengono utilizzati termini come « *National Collective Labour Agreement* » a significare i contratti collettivi stipulati a livello nazionale e con valenza interprofessionale o interconfederale; « *Sectoral Collective Labour Agreement* » per gli accordi collettivi di settore; i « *Company Level Collective Labour Agreement* » indicano invece i contratti stipulati da un singolo datore di lavoro con i sindacati rappresentativi e con efficacia a livello dell'impresa; infine i c.d. « *Works agreement* » indicano quei contratti conclusi tra il datore di lavoro e i comitati aziendali.

Si registra una tendenziale suddivisione dei sistemi di contrattazione collettiva in sistemi aperti o chiusi, dinamici o stabili.

(2) Tutor: Ceciel Rayer. Membri del gruppo: Elena Gramano, Kelly Reyniers, Aimee Waldon, Enrica Pierini, Valerio Berti, Camille Percher e Miriam Kullmann.

Quanto alle strutture i modelli possono essere differenti. In particolare il livello di contrattazione collettiva nazionale in cui sono stipulati accordi dalle confederazioni interprofessionali con differenziazione per settore esiste in Belgio, Francia e Italia. I contratti collettivi di settore possono essere siglati sia da confederazioni sia da autonome organizzazioni in Germania e Olanda. Quanto ai contratti aziendali si registra la presenza di contratti denominati « *Company-level collective labour agreements* » o « *works agreements* » con le distinzioni sopra richiamate e principalmente attinenti alla natura delle organizzazioni sindacali che li concludono.

La contrattazione a livello aziendale si caratterizza per una maggiore flessibilità in tutti i paesi oggetto della comparazione e per la presenza di un forte mutamento sia quanto agli attori stessi della contrattazione che quanto ai criteri utilizzati per misurarne la rappresentatività. Si evidenzia, però, anche un forte calo delle adesioni alle organizzazioni, in particolare per ragioni dovute alla crisi che impongono forti pressioni e aspettative nei confronti dei sindacati. È rilevante come il gruppo concluda chiedendosi se possa essere tracciata una netta linea di demarcazione tra la bontà delle soluzioni di decentralizzazione e deroga per il datore di lavoro e la bontà delle soluzioni adottate a livello aziendale anche per i lavoratori. La struttura della contrattazione collettiva è in veloce cambiamento e si registra un evidente vantaggio per le imprese, in quanto la decentralizzazione favorisce una contrattazione flessibile, di evidente favore per i datori di lavoro.

3.2. *Le strategie della decentralizzazione (3).*

La relazione del gruppo apre riportando la definizione, proposta da Eurofound, del termine « decentralizzazione »: « *in un contesto di relazioni industriali, termine riferito al trend consistente in un passaggio dalla contrattazione collettiva a livello settoriale, ad una contrattazione collettiva locale, a livello aziendale* », per poi specificare che la contrattazione *in melius*, a tale livello, non rientri nella fattispecie definitoria adottata.

Il gruppo decide infatti, ai fini del report finale, di definire

(3) Tutor: Iacopo Senatori. Membri del gruppo: Annamaria Donini, Giulio Centamore, Vivian Bij de Vaate, Franek Lecomte, Marco Rocca, Sabrina Grivet Fetà.

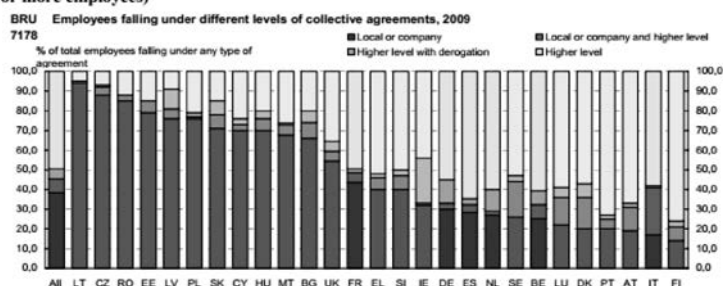
convenzionalmente la decentralizzazione come « *la possibilità riconosciuta ad un accordo aziendale o di categoria di derogare in pejus rispetto ad un accordo collettivo di livello gerarchicamente superiore, e/o sostituire tali accordi nel regolare intere aree di condizioni lavorative (pre-emption)* ».

Tale opportunità è spesso riconosciuta e legittimata perché si ritiene, comunemente, che un contratto nazionale di categoria, non possa agevolmente adattarsi, in egual misura, a tutti i contratti sul territorio (« *One size does not fit all* », « *People do know better what is better for themselves* »), anche se spesso ne viene fatto un uso opportunistico, a causa dello sbilanciamento di poteri delle parti interessate nel contratto di lavoro.

Il gruppo poi riporta una tabella, dove risultano le percentuali relative al numero di lavoratori che, nei diversi paesi europei, rientrano sotto diversi livelli dei contratti collettivi nell'anno 2009 (Figura 1).

FIGURA 1.

Chart 4.1: Employees falling under different levels of collective agreements, 2009 (establishments with 10 or more employees)



Source: ECS 2009

Dai dati riportati, si evince che in media, nei 27 paesi europei, circa il 40% dei lavoratori sono coperti da un solo contratto aziendale, o da un contratto collettivo di livello superiore, con delle deroghe. Scendendo a livello delle singole nazioni poi, nel Belgio, la contrattazione collettiva è ancora molto centralizzata, mentre in Olanda, come in Francia, essa risulta più decentralizzata grazie all'uso delle clausole sociali; in Germania, invece, le

deroghe al contratto collettivo sono ammesse tramite un accordo, seguendo il principio di specialità, mentre in Italia e in Spagna, a seguito dei recenti interventi avvenuti nei rispettivi scenari nazionali, la decentralizzazione sta prendendo piede.

Non potendo risalire alle origini primordiali di ogni sistema di relazioni industriali, il gruppo di lavoro decide di concentrarsi sugli ultimi due decenni, soffermandosi soprattutto agli anni più recenti, interessati dalla crisi, per individuare i primi tentativi di decentralizzazione in tema di contrattazione collettiva. In Belgio, le prime clausole aperte risalgono ai primi anni '90; in Olanda, il riferimento principe in tema di derogazione è la *Labour Foundation Recommendation* (1993); in Germania, le prime esperienze in tal senso si sono avute già dagli anni '60-'70; in Francia, la legge più importante sul tema è la *Loi Aurox* del 1982; in Italia si dà vita alla decentralizzazione organizzata con il Protocollo del 1993, mentre in Spagna il vero punto di svolta si è avuto solamente con la recente riforma del mercato del lavoro varata nel 2012. Indubbiamente, i recenti e drammatici sviluppi economici hanno giocato un ruolo importante in diversi paesi: la decentralizzazione della contrattazione collettiva è stata considerata un'occasione, un passaggio, reso necessario dal cambio delle relazioni di potere e dei contesti delle relazioni industriali.

Le argomentazioni utilizzate dal mercato a favore di tale decentralizzazione, sono le più svariate, anche se tutt'oggi prive di un concreto fondamento: l'aumento dell'occupazione (Italia, Francia, Spagna e Grecia), la flessibilità (Olanda, Francia, Italia, Belgio e Germania), i vantaggi comparativi (Francia, Spagna, Italia), la competitività e la produttività (Italia, Spagna e Germania). Le argomentazioni a favore apportate invece dalle parti sociali sono: una maggiore democrazia nel luogo di lavoro (Francia, Olanda e Italia), la sussidiarietà (Germania, Italia), la rappresentatività (Olanda, Italia e Francia) e la « *legal certainty* » (Italia).

La decentralizzazione ha quindi più un approccio di tipo *bottom-up* in Olanda, Belgio e Germania, e in Italia (attraverso i contratti collettivi), mentre in Francia, Spagna e in parte anche in Italia (a seguito degli interventi del 2011), esso è definibile *top-down*.

In alcuni di questi paesi si può parlare di decentralizzazione della contrattazione collettiva « organizzata », perché vi è un ricorso alle clausole aperte, (Belgio, Olanda, Francia, Germania,

Italia), mentre in altri (Spagna e Italia, dopo il 2011) essa non si può ritenere tale perché le competenze sono lasciate alla discrezionalità degli accordi aziendali.

Se, poi, per alcuni paesi si può parlare di « *un'evoluzione* » del processo di decentralizzazione (Belgio, Olanda, Germania, Francia e Italia, tramite i contratti collettivi), in Spagna e in Italia, a seguito dei recenti sviluppi dei sistemi industriali, è più corretto parlare di « *rivoluzione* ».

Relativamente ai risultati di tali processi, è necessario dunque verificare la corrispondenza tra i *drivers* e i risultati degli stessi: in Italia ad esempio, la « *legal certainty* » ha generato una serie innumerevole di contenziosi dal caso Fiat, mentre in Germania, l'alto livello di coerenza è garantito dall'abilità del livello aziendale di contrattazione di gestire la crisi.

Purtroppo, è rinvenibile in molti paesi un vero e proprio *gap* tra la possibilità di decentralizzare nella contrattazione collettiva garantita a livello legislativo e l'uso effettivo della stessa nella pratica: in Francia, in Belgio e in Olanda, ad esempio, le parti sociali non hanno fatto un largo uso della clausola aperta, mentre in Italia, il caso Fiat è l'unico esempio, al momento, di effettiva decentralizzazione della contrattazione collettiva.

Concludendo, è possibile asserire che i diversi contesti, di crescita o di crisi, supportano (o meno) differentemente la decentralizzazione, creando delle tensioni tra le organizzazioni sindacali dei datori dei lavori, sia nelle grandi imprese (disponibili a utilizzare il loro potere contrattuale in modo « favorevole »), che nelle medio-piccole (le quali preferiscono aderire ad un contratto settoriale).

La decentralizzazione, a seconda che si consideri un obiettivo (decentralizzazione quale ideologia) o un mezzo per arrivare ad un fine, comporta comunque un rischio di strumentalizzazione del lavoro e del suo costo.

Il gruppo chiude, quindi, la relazione con una serie di quesiti, irrisolti: quali saranno le conseguenze della correlazione/causalità tra la decentralizzazione e i suoi effetti supposti?

« Decentralizzazione » è sinonimo di semplicità o di complessità, se si considerano le relazioni esistenti tra i diversi livelli di contrattazione collettiva?

3.3. *Il contenuto della derogazione (4).*

Il gruppo, dedicato all'analisi del contenuto della derogazione, ha sottolineato in apertura della relazione finale, come la sua realizzazione sia dovuta da diversi fattori, non solo dalle previsioni di legge ma anche e soprattutto dalle condizioni economiche, storiche e sociali del paese, dalla dimensione dell'impresa e dalla sua condizione produttiva, nonché dalle politiche nazionali del mercato del lavoro.

Quanto al contenuto specifico della funzione di decentralizzazione, esso è caratterizzato dalla flessibilità, dalla specificità e dall'essere posto a direzione o come effettivo strumento per la realizzazione di un piano sociale.

Con riferimento alle dimensioni del contenuto derogatorio, esso varia a seconda della previsione di clausole aperte, o di argomenti obbligatori, o dalle previsioni legislative.

La derogazione può infatti avere ad oggetto diversi temi, dai più tradizionali, quali il salario, l'orario di lavoro, l'organizzazione del lavoro, la sicurezza sociale supplementare, la limitazione nell'uso dei contratti temporanei, ai relativamente più nuovi, come il bilanciamento tra il lavoro e la vita privata, la salute e la sicurezza, la delegazione delle competenze, le sanzioni disciplinari, le procedure di licenziamento, l'inquadramento professionale, le norme sulla parità di trattamento e il *life long learning*.

Il gruppo ha analizzato come questi temi (Figura 1) siano affrontati nei diversi paesi oggetto di indagine (Italia, Spagna, Francia, Olanda, Germania e Belgio), ovvero verificando come questi siano (o meno) oggetto di contrattazione a livello d'impresa (x), a livello delegato (d), con un accordo settoriale (pt), con un nuovo accordo aziendale (n) o se vi sia la previsione legislativa ma non vi sia ancora stata data attuazione (t).

(4) Tutor: Luca Ratti. Membri del gruppo: Elisabetta Bavasso, Sophie Rossignol, Marta Giacconi, Pam Huffman, Julen Llorens, Nilde Marocchi, Valentina Anibaldi, Manfred Walser.

FIGURA 1.

	IT	ES	FR	DE	NL	BE
Wages: Basic salary	-	x	x	x	x	x
Wages: Additional wages	x	x	xp	xxp	x	x
Working time: maximum	-	-	-	xt	-	xt
Working time: distribution	x	x	x	xxp	x	xt
Work organisation/plans	x	x	x	xxp	x	xt
Balance of work and life	x	xn	xn	xxp	xn	xt
Equality regulations	xt	xn	xn	xxp	xt	x
Vocational training	x	x	xn	xxp	x	x
Limited usage of flexible contracts	-	x	-	xxp	x	xt
Professional classification	-	xn	xt	x	-	-
Dismissal procedures	-	xt	-	x	x	x
Disciplinary sanctions	xt	xt	-	xxp	-	-
Delegation of competencies	-	x	-	x	x	-
Supplementary Social Security	-	xd	xd	xxp	xd	xt
Health and safety provisions	-	-	-	xxp	-	-

Legenda: (x ... company level bargaining; d ... deleted; xp ... plant agreement; n ... new on company level; t ... in theory).

La presentazione chiude con una serie di quesiti interessanti: chi decide il contenuto della decentralizzazione? Qual è l'impatto della contrattazione tra le parti sociali sui bisogni dei lavoratori? Qual è l'effetto del sistema delle relazioni industriali di un paese sul contenuto della derogazione? La derogazione permette un'adattabilità più veloce ai bisogni dei lavoratori, dei datori di lavoro e delle aziende?

3.4. Derogation Machinery: *i meccanismi e il funzionamento della derogazione* (5).

Questo ultimo gruppo, che ha lavorato in lingua francese, si è occupato dei meccanismi e del funzionamento della derogazione.

Il gruppo ha cercato di definire la derogazione, analizzando la relazione tra quest'ultima e la decentralizzazione, per poi cercare di

(5) Tutor: Luca Miranda. Membri del gruppo: Alice Bussolaro, Valentina Cagnin, Falsone Maurizio, Federico Fusco, Christina Hiessl, Aurélie Mortier, Anna Laure Mazaud, Nina Buttgen, Brais Iglesias.

ricostruirne i livelli, la gerarchia esistente tra gli stessi, le fonti e le condizioni di conclusione dei contratti, il campo di applicazione della contrattazione collettiva derogatoria, i controlli e le relative sanzioni.

Per « decentralizzazione » s'intende, infatti, il processo di de-localizzazione della contrattazione collettiva (approccio *top-down*), mentre per derogazione s'intende una deviazione, *in pejus*, rispetto alle previsioni della legge o della contrattazione collettiva di livello superiore, se prevalente.

Se per Italia, Austria e Spagna i livelli di contrattazione sono principalmente due, il livello nazionale e quello territoriale (che poi si suddivide in regionale, provinciale e di impresa), in Francia, Belgio e Paesi Bassi i livelli sono tre: nazionale, settoriale e di impresa. In Germania si trovano ugualmente solo due livelli ma di natura diversa: regionale-settoriale e aziendale.

La gerarchia tra questi livelli è fissata dalla legge per la Francia, il Belgio, l'Austria, la Germania e la Spagna, mentre per l'Italia e i Paesi Bassi, non c'è una gerarchia formale, quanto piuttosto sostanziale. Tale gerarchia non si può ritenere, tuttavia, assoluta poiché esistono degli strumenti che la pongono in discussione, come il principio del favore, (utilizzato in Italia, Austria, Francia, Paesi Bassi e Belgio) e le clausole di apertura e chiusura.

Esistono tre diverse strategie di derogazione: alla legge (non è consentito in Belgio, Spagna, mentre è consentita, ma solo per alcune materie specifiche nei Paesi Bassi, in Francia, in Austria e in Italia), agli accordi di livello superiore, (modalità derogatoria prevista in Francia, in Spagna e in Italia, ma non in Austria, Belgio, Germania e Paesi Bassi), e deroga a un accordo grazie a una previsione contenuta all'interno dell'accordo stesso (in Austria e in Belgio, mentre in Francia, Spagna e Italia, ciò non è necessario, mentre in Francia sono consentite delle clausole di chiusura). Con riferimento alle procedure di derogazione, esse richiedono una giustificazione in Italia, Spagna e Belgio, mentre ciò non è necessario in Francia, Germania, Paesi Bassi, Austria e Italia. Quanto alle invece condizioni procedurali, queste non esistono nei Paesi Bassi, in Germania, in Francia e in Austria, mentre sono richieste in Spagna, Belgio e Italia.

In tema invece del campo di applicazione del contratto collettivo derogatorio, il gruppo ha evidenziato come esso abbia un'applicazione generalizzata a tutti i lavoratori in Belgio, Austria, Francia e Italia, (art. 8 della l. n. 148/2011 a livello d'impresa) e in Spagna, mentre si applica in funzione dell'apparte-

nenza sindacale del lavoratore interessato in Germania e nei Paesi Bassi (se concluso a livello settoriale).

Con riferimento, infine, ai controlli, alle sanzioni e alle procedure di contestazione della derogazione, vengono di seguito riportati due grafici che spiegano le procedure informali (Figura 2) e quelle formali (Figura 3) della stessa.

FIGURA 2.

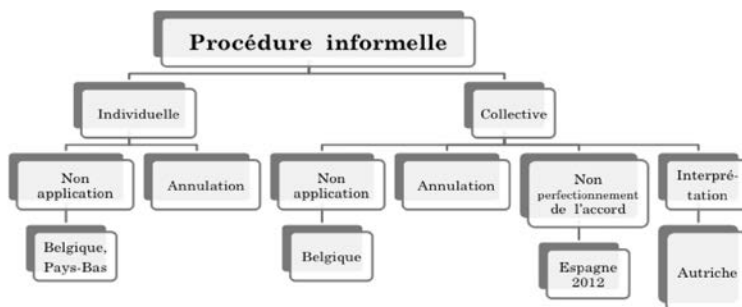
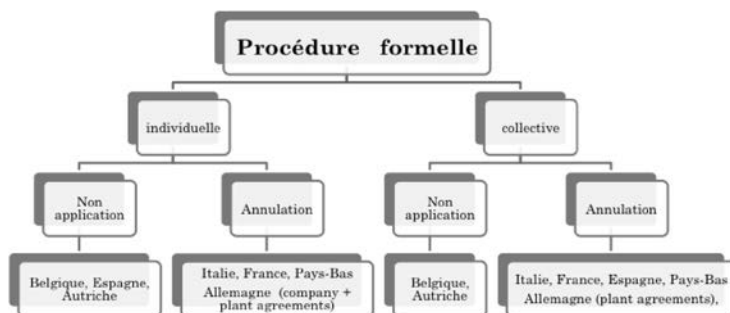


FIGURA 3.



4. Conclusioni.

Le conclusioni dei lavori della ventinovesima edizione di Pontignano sono state affidate al prof. Edoardo Ales e al prof. Joaquin Aparicio.

Secondo il prof. Ales, la decentralizzazione equivale non solo alla delocalizzazione delle decisioni e quindi allo spostamento dell'asse di esercizio del potere, ma significa anche differenziazione. Questa è la principale caratteristica del processo di decentralizzazione della contrattazione collettiva: la differenziazione.

Il diritto del lavoro non riguarda solo l'eguaglianza, ma è anche differenziazione. Gli obiettivi socialmente orientati possono essere raggiunti sia giustificando le deroghe alla legge, sia dalla legge stessa. L'idea della concorrenza tra imprese sta diventando un elemento straniero necessitando della contrattazione collettiva decentrata: non esiste più una competitività nazionale ma una concorrenza tra imprese che cambia evidentemente tutto perché comporta la disgregazione delle organizzazioni dei lavoratori.

La contrattazione collettiva decentrata è un fenomeno piuttosto *bottom-up* sebbene sembri inserirsi in una logica *top-down*. Nella prospettiva definibile « *companisation* », le organizzazioni sindacali nell'ambito degli accordi di settore sono spinte verso il livello di impresa. In Francia, il sistema *top-down*, veicolato con la legge del 2008 e i criteri di rappresentatività, ha comportato dei seri problemi di decentralizzazione incontrollata. Una soluzione prospettabile al sorgere incontrollato di contratti aziendali potrebbe essere la previsione espressa per cui determinati contratti che prevalgono su altri.

Il prof. Aparicio, nelle sue conclusioni, ricorda come la storia, a volte, si ripeta. E come, la democrazia, sia oggi a rischio, per diversi paesi, tra i quali la Spagna, l'Italia e la Grecia. Lo stato sociale è un punto fermo dalla seconda guerra mondiale e l'idea della democrazia entra nello stato sociale di diritto. Ora la democrazia è a rischio perché anche il dominio del diritto del lavoro fa parte della democrazia. Il diritto del lavoro democratico è quello che prevede una dimensione collettiva del lavoro, la tutela dei diritti e l'espressione delle libertà sindacali. La questione della decentralizzazione, oltre ad essere attualissima, è anche centrale in questo contesto di minaccia alla democrazia poiché la contrattazione collettiva è evidentemente lo strumento eletto per appianare il conflitto tra le parti sociali: quando essa si avvicina al livello ove sorgono i problemi, ci si allontana contemporaneamente da quelli legati alle logiche del potere. I giuristi sono quindi responsabili dello studio e dell'applicazione della legge in direzione della tutela della democrazia.

Si chiude su queste riflessioni la *summer school* in diritto del lavoro comparato sul tema della decentralizzazione della contrattazione collettiva, nella ventinovesima edizione dei seminari di Pontignano: un tema caldo, non solo per l'Italia, ma anche per gli altri paesi europei protagonisti di questo interessante confronto internazionale.

XX CONGRESSO MONDIALE DELLA
INTERNATIONAL SOCIETY OF LABOUR
AND SOCIAL SECURITY LAW (ISLSSL)

Santiago del Cile
25-28 settembre 2012

Dal 25 al 28 settembre 2012 si è svolto a Santiago del Cile il XX Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, in occasione del quale ha avuto luogo l'insediamento del Presidente Adrian Goldin, già eletto nel 2011 in occasione del Congresso Regionale europeo di Siviglia.

I lavori del Congresso, ai quali hanno partecipato poco meno di 700 iscritti, si sono articolati in tre sessioni, rispettivamente dedicate: *a)* all'effettività del diritto del lavoro e al ruolo dei servizi e delle attività ispettive in materia di lavoro (relatore generale Giuseppe Casale); *b)* al contrasto alle molestie e agli abusi, anche di carattere sessuale, nei luoghi di lavoro (relatori generali Sergio Gamonal e José Luis Ugarte); *c)* allo sciopero come diritto fondamentale e ai possibili conflitti tra il diritto di sciopero e altre posizioni giuridiche soggettive individuali (relatore generale Bernd Waas).

Nel corso delle tre giornate, inoltre, si sono svolti diversi *workshop* e tavole rotonde sui temi del presente e futuro della sicurezza sociale; sull'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro; sulla tutela dei diritti fondamentali del lavoratore; sui sistemi di tutela giudiziale dei diritti dei lavoratori; sulle prospettive di evoluzione del diritto del lavoro.

Per l'Italia, ha partecipato ai lavori il prof. Riccardo Del Punta, al quale è stato assegnato il ruolo di *discussant* a commento del rapporto generale della seconda giornata.

L'inaugurazione del Congresso è stata preceduta dalla riunione del Comitato Esecutivo dell'International Society of Labour and Social Security Law, nel quale, oltre all'avvicendamento tra il Presidente uscente Michel Sewerynski e il Presidente eletto Adrian Gol-

din si sono svolte le votazioni per l'elezione del Segretario Generale e del Tesoriere. Sono risultati eletti Giuseppe Casale, candidato dalla Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e Stefano Bellomo, candidato dall'A.I.D.La.S.S.

Nella riunione del Comitato Esecutivo sono stati anche affrontati i temi dei calendari e dei programmi delle prossime iniziative dell'International Society e, in particolare, quelli del *IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, che si svolgerà a Guayaquil, in Ecuador, dal 1 al 4 ottobre 2013 e dei prossimi congressi regionali europeo (Dublin, Irlanda, 17-19 settembre 2014), Asiatico (Seoul, Corea del Sud, 25-27 giugno 2014) oltre che del XXI Congresso Mondiale che avrà luogo in Sudafrica, a Cape Town, dal 14 al 17 settembre 2015.

INDICE

<i>Elenco dei partecipanti</i>	v
<i>Cronaca del Congresso</i>	xI

PARTE PRIMA

RELAZIONI ED INTERVENTI

Giovedì 7 giugno 2012 - pomeriggio

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, <i>Presentazione delle giornate di studio</i>	5
MARCELLO PEDRAZZOLI, <i>Marco Biagi, dieci anni dopo</i>	9
SILVANA SCIARRA, <i>In ricordo di Bill Wedderburn</i>	21

Relazione

VITO LECCESE, <i>Il diritto sindacale al tempo della crisi</i>	29
--	----

Discussant

GIANCARLO PERONE	107
MARIO RUSCIANO	113

Interventi

FELICE TESTA, <i>Dal conflitto alla partecipazione: libertà e trasparenza nell'impresa al tempo della crisi</i>	133
ROBERTO ROMEI	141
UMBERTO CARABELLI, <i>Il dissenso del lavoratore tra libertà sindacale e democrazia sindacale</i>	146

Venerdì 8 giugno - mattina

Relazione

MARIA TERESA CARINCI, <i>Il rapporto di lavoro al tempo della crisi</i>	155
---	-----

Discussant

MARIA VITTORIA BALLESTRERO	241
MARIO NAPOLI, <i>Il Diritto del lavoro oltre la crisi</i>	259

Interventi

FRANCO LISO	267
ADALBERTO PERULLI, <i>La crisi come categoria del discorso e le aporie della nuova disciplina sui licenziamenti economici</i>	272
ALESSANDRO GARILLI	276
LUCIO IMBERTI	284
SILVANA SCIARRA	288
LUIGI DE ANGELIS, <i>Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo</i>	293
PIETRO ICHINO, <i>Il diritto del lavoro al tempo della crisi e la crisi di identità dei giuristi italiani</i>	297
PAOLO TOSI	305

Venerdì 8 giugno - pomeriggio

Relazione

ENRICO GRAGNOLI, <i>Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria</i>	311
---	-----

Discussant

PASQUALE SANDULLI	419
FRANCO LISO	428

Interventi

PASQUALE PASSALACQUA	437
VALERIO SPEZIALE, <i>Diritto del lavoro, teoria economica e tutela del licenziamento nella legge n. 92/2012</i>	442
LUISA CORAZZA	457
GISELLA DE SIMONE, <i>Tre riflessioni sul diritto antidiscriminatorio (per non parlar del mainstreaming)</i>	460
GIAMPIERO PROIA	467
MATTEO CORTI, <i>Dalle leggi Hartz alla legge Fornero. Una riforma del lavoro « tedesca »?</i>	470
CARLO CESTER	482
ORONZO MAZZOTTA, <i>La riforma dei licenziamenti fra economia e diritto</i>	486
FRANCESCA MARINELLI	490

ANDREA LASSANDARI	493
STEFANIA BRUN, <i>Il controllo di « proporzionalità » sul licenziamento per ragioni tecnico-organizzative alla luce dell'imminente riforma del mercato del lavoro</i>	496
GIANNI LOY	503
AURORA VIMERCATI, <i>Emergenza, mutamenti e "crisi di sistema": il Diritto del lavoro tra lezioni del passato e sfide del presente</i>	506
MARCO BARBIERI	515

Sabato 9 giugno - mattina

Repliche

VITO LECCESE	523
MARIA TERESA CARINCI	529
ENRICO GRAGNOLI	534

Comunicazioni

ALESSANDRO BELLAVISTA, <i>Riforma Fornero e autonomia collettiva</i>	539
PAOLA BOZZAO	542
MASSIMILIANO DELFINO, <i>Le intese in deroga di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011 nella prospettiva pluri-ordinamentale</i>	546
GIULIO PROSPERETTI, <i>Una proposta per un nuovo welfare nella società post-industriale</i> .	552
SIMONETTA RENGA, <i>Il paradigma perduto dei giuslavoristi e la protezione sociale</i>	556

PARTE SECONDA

NOTIZIARIO A.I.D.La.S.S.

<i>Notiziario nazionale</i>	569
<i>Premio Ludovico Barassi - edizione 2011</i>	569
<i>Premio Francesco Santoro Passarelli - edizione 2011</i>	571

PARTE TERZA

NOTIZIARIO INTERNAZIONALE

Seminario Internazionale di Diritto Comparato del Lavoro - Pontignano XXIX su <i>La decentralizzazione della contrattazione collettiva</i> - Modena - Fondazione Marco Biagi, 17-20 luglio 2012 (a cura di Alice Bussolaro e Valentina Cagnin)	575
Resoconto del XX Congresso mondiale della International Society of Labour and Social Security Law (ISLSSL)	605

1. *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa* (1969), 8°, pag. IV-204.
2. *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro* (1970), 8°, pag. IV-176.
3. *La sistemazione didattica del diritto del lavoro nell'insegnamento universitario* (1970), 8°, pag. IV-144.
4. *La rappresentanza professionale e lo statuto dei lavoratori* (1971), 8°, pag. IV-224.
5. *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori* (1972), 8°, pag. IV-368.
6. *Statuto dei lavoratori ed enti pubblici* (1974), 8°, pag. IV-228.
7. *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali* (1975), 8°, pag. IV-232.
8. *Il nuovo processo del lavoro* (1977), 8°, pag. IV-292.
9. *Il rischio professionale* (1977), 8°, pag. IV-176.
10. *La disciplina giuridica del lavoro femminile* (1978), 8°, pag. IV-204.
11. *Il lavoro a termine* (1979), 8°, pag. IV-268.
12. *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato* (1979), 8°, pag. IV-252.
13. *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro* (1980), 8°, pag. IV-236.
14. *Problemi giuridici della retribuzione* (1981), 8°, pag. IV-216.
15. *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello* (1982), 8°, pag. IV-144.
16. *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80* (1983), 8°, pag. XII-340.
17. *L'intervento del giudice nel conflitto industriale* (1984), 8°, pag. VIII-212.
18. *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale* (1985), 8°, pag. VIII-180.
19. *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro* (1986), 8°, pag. VIII-296.
20. *Il tempo di lavoro* (1987), 8°, pag. XII-264.
21. *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari* (1988), 8°, pag. X-312.
22. *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico* (1989), 8°, pag. X-378.
23. *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato* (1990), 8°, pag. X-430.
24. *Licenziamenti collettivi e mobilità* (1991), 8°, pag. X-322.
25. *Riforma pensionistica e previdenza integrativa* (1994), 8°, pag. VIII-220.
26. *Autonomia individuale e rapporto di lavoro* (1994), 8°, pag. X-252.
27. *Il dialogo fra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale del lavoro* (1994), 8°, pag. X-338.
28. *Il processo del lavoro: bilancio e prospettive* (1994), 8°, pag. VIII-240.
29. *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi* (1996), 8°, pag. X-248.
30. *Lavoro e discriminazione* (1996), 8°, pag. X-404.
31. *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* (1997), 8°, pag. XX-410.
32. *Autonomia collettiva e occupazione* (1998), 8°, pag. VI-300.
33. *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro* (1999), 8°, pag. X-292.
34. *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo* (2000), 8°, pag. XVIII-392.
35. *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo* (2002), 8°, pag. IV-392.
36. *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro* (2002), 8°, pag. IV-558.
37. *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile* (2003), 8°, pag. X-778.
38. *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme* (2005), 8°, pag. IV-396.
39. *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* (2006), 8°, pag. X-510.
40. *Il danno alla persona del lavoratore* (2007), 8°, pag. XIV-472.
41. *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa* (2007), 8°, pag. XII-462.
42. *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro* (2008), 8°, pag. VIII-560.
43. *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti* (2009), 8°, pag. VI-416.
44. *La figura del datore di lavoro - Articolazioni e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo* (2010), 8°, pag. XII-530.

45. *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico* (2011), 8°, pag. X-398.
46. *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, a cura di Marina Brolo e Raffaele De Luca Tamajo (2011), 8°, pag. XIV-476.
47. *Le relazioni sindacali nell'impresa* (2012), 8°, pag. VIII-450.
48. *Il diritto del lavoro al tempo della crisi* (2013), 8°, pag. XII-610.

€ 63,00
1684-52

ISBN 88-14-18123-3



Copia riservata ai soci AIDLASS - © Giuffrè Editore