

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXX - 2019 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2019*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

*Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Fausta Guarriello,
Andrea Lassandari, Franco Scarpelli, Lorenzo Zoppoli*

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimo, Anna Alaimo, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Gian Guido Balandi, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Lorenzo Bordogna, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Piera Campanella,
Maria Teresa Carinci, Michele Castellano, Pasquale Roberto Chieco, Luigi de Angelis,
Alfonsina De Felice, Gisella De Simone, Antonio Di Stasi, Marco Esposito, Francesco Fabbri,
Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Ginevra Galli, Alessandro Garilli,
Domenico Garofalo, Stefano Giubboni, Donata Gottardi, Enrico Gragnoli, Renato Greco,
Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese, Antonio Lo Faro, Piera Loi,
Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini, Gabriella Nicosia, Roberta Nunin,
Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci, Adalberto Perulli, Alberto Piccinini,
Valeria Piccone, Carla Ponterio, Federico Maria Putaturo, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria, Patrizia Tullini,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

*Andrea Allamprese (caporedattore), Filippo Aiello, Stefano Cairolì, Guido Canestri,
Maria Giovanna Greco, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Michele Faioli,
Lorenzo Fassina, Antonio Federici, Lorenzo Giasanti, Alberto Lepore, Antonio Loffredo,
Marco Lozito, Matteo Maria Mutarelli, Alessandra Raffi, Enrico Raimondi,
Rocco Reina, Michelangelo Salvagni, Enrico Maria Terenzio*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maurizio Minnucci

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



EDISSE

Il Collegio dei condirettori della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* ha deciso, come scelta editoriale decorrente dal 2016, di non accettare per la pubblicazione contributi che siano stati pubblicati o siano in corso di pubblicazione in altre riviste italiane o in rete, né di consentire la pubblicazione in altre riviste italiane o in rete di contributi già pubblicati nella *Rivista*. Gli autori sono invitati a rispettare questa decisione.

I saggi pubblicati nella «Parte I - Dottrina» non devono superare le 20 pagine nel formato della *Rivista* (pari a 54.000 battute spazi inclusi) e sono sottoposti alla valutazione di *referees* anonimi. Il gruppo dei *referees* è composto dai membri del Comitato di indirizzo scientifico e di referraggio e da altri/e studiosi/e.

I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica alla Segreteria di redazione e devono uniformarsi ai criteri redazionali della *Rivista* (che possono essere richiesti alla stessa Segreteria).

Il testo delle sentenze annotate nella «Parte II - Giurisprudenza» è pubblicato in:
www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

La *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* partecipa alla *International Association of Labour Law Journals* (www.labourlawjournals.com).

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 06 44870325 - Fax 06 44870335
www.ediesseonline.it
E-mail: ediesse@cgil.it
Autorizzazione del Tribunale di Roma
n. 3848/1954

Sito web della rivista
www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione
Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma
Tel. 345 7011231
E-mail: rgl@ediesseonline.it

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma
Ufficio abbonamenti
Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: abbonamenti@ediesseonline.it

Tariffe di abbonamento
Ordinario 130,00 euro; estero 260,00 euro
• L'abbonamento dà diritto all'accesso gratuito al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*.
• Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del docente che segue la loro attività.

Singolo fascicolo: 38,00 euro; arretrati: 76,00 euro

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE LIBRI SPA

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GIUGNO 2019

Egregio Abbonato,
ai sensi del d.lgs. n. 196/2003 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne a essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla nostra attività.
La informiamo inoltre che Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i Suoi dati od opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione del suddetto decreto legislativo.



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

La questione retributiva

Remuneration Issues

Gisella De Simone, Andrea Lassandari

Introduzione

Introduction

189

Emiliano Brancaccio, Raffaele Giammetti

Le «riforme strutturali» del mercato del lavoro:

promesse politiche ed evidenze empiriche

193

Structural labour market reforms:

political promises and empirical evidence

Andrea Lassandari

Retribuzione e contrattazione collettiva

210

Wages and collective bargaining

Maria Vittoria Ballestrero

Retribuzione sufficiente e salario minimo legale

235

Fair remuneration and minimum wage

Lara Lazzeroni

Parità di trattamento e divario retributivo (di genere)

257

Equal treatment and (gender) pay gap

Giulio Centamore

La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice

274

The constitutional right to fair wage or the dilemma of the judge

Marco Novella

Effettività del diritto alla retribuzione e attività di vigilanza 288

Effectiveness of the salary right and inspection activities

SAGGI

Valeria Zeppilli

Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore? 305

Disconnection: a missed opportunity for the legislator?

NOTE E COMMENTI

Giovanni Calvellini

Contratto collettivo e posizioni giuridiche
di vantaggio in favore dei lavoratori in quiescenza 325

*Collective agreement and advantageous legal positions
in favour of the retirees*

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO E INTERNAZIONALE

Antonio Lo Faro

La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo? 343

The EU Charter and the Courts ten years after

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Lorenzo Giasanti

Il licenziamento del lavoratore nelle imprese sequestrate e confiscate 175

RAPPORTO DI LAVORO

Alessio Giuliani

Congedo straordinario al figlio non convivente di disabile
(*Corte costituzionale, 7.12.2018, n. 232*) 191

Marta Giaconi

La sentenza *Motter* sulla ricostruzione
della carriera dei docenti precari

(*Corte di Giustizia*, 20.9.2018, C-466/2017) 196

Daniela Fagnoli

Questioni in materia di scadenza del termine di difesa
del lavoratore nel procedimento disciplinare

(*Cassazione*, 17.12.2018, n. 32607) 202

Antonio Alessandro Scelsi

Scarso rendimento per malattia
e mancato superamento del periodo di comporta

(*Cassazione*, 7.12.2018, n. 31763, ord.) 206

Maria Antonietta Carbone

L'obbligo di *repêchage* va assolto con riferimento
a un congruo arco temporale successivo al licenziamento

(*Cassazione*, 5.12.2018, n. 31495) 211

Angela Gambardella

Il principio di tempestività nel licenziamento
intimato per superamento del comporta

(*Cassazione*, 15.11.2018, n. 29402, ord.) 216

Paolo Iervolino

Il rapporto tra procedimento disciplinare
e procedimento penale alla luce
della (mancata) privatizzazione del pubblico impiego

(*Cassazione*, 14.11.2018, n. 29376) 221

Marianna Russo

Licenziamento per causa di matrimonio:
un caso di discriminazione di genere al maschile?

(*Cassazione*, 12.11.2018, n. 28926) 226

Rosalina Panetta

Obblighi di comunicazioni specifiche anche in ipotesi
di licenziamenti collettivi per cessazione dell'attività

(*Cassazione*, 2.11.2018, n. 28034) 239

Michelangelo Salvagni

Licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica:
reintegrazione per mancata adozione di accomodamenti
ragionevoli e per violazione del *repêchage*

(Cassazione, 22.10.2018, n. 26675)

(Cassazione, 19.3.2018, n. 6798)

244

Andrea Allamprese

Federico Pascucci

I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro

(Cassazione, 6.6.2018, n. 14527)

250

Daniela Comandé

Il confine labile tra gratuità

e prestazione di lavoro nella massoneria

(Corte d'Appello Roma, 13.11.2018)

264

Simone Varva

Individuazione di un centro unico d'imputazione

del rapporto di lavoro e conseguenze

sul recesso del datore di lavoro

(Corte d'Appello Napoli, 12.10.2018)

270

Silvia Magnifico

Prime soluzioni giurisprudenziali dopo la sentenza

della Corte costituzionale n. 194/2018

sul contratto a tutele crescenti

(Tribunale Genova, 21.11.2018)

276

Roberta Bono

I limiti al licenziamento del lavoratore disabile

a garanzia della parità di trattamento

(Tribunale Asti, 23.7.2018, ord.

Tribunale Ivrea, 6.7.2018, ord.

Tribunale Roma, 8.5.2018)

283

DIRITTO SINDACALE

Alessandra Raffi

L'associazione sindacale tra democrazia diretta e indiretta

(Corte d'Appello Roma, 12.12.2018

Tribunale Roma, 24.9.2018)

297

Antonio Di Stasi

Contrattazione integrativa nel pubblico impiego:
chi non firma il Ccnl non ha diritto a trattare?

(Tribunale Modena, 12.11.2018, ord.

Tribunale Roma, 17.7.2018, ord.

Tribunale Milano, 4.7.2018, ord.

Tribunale Milano, 31.5.2018, ord.)

303

CONTROVERSIE DI LAVORO

Maria Giovannone

Transazione novativa: impugnabilità,
regime fiscale e obbligo contributivo

(Tribunale Roma, 13.11.2018)

313

SICUREZZA SOCIALE

Paolo Stolfi

Trasferimento d'azienda e fallimento del cedente:
inesigibile il credito nei confronti del fondo di garanzia

(Cassazione, 19.7.2018, n. 19278

Cassazione, 19.7.2018, n. 19277)

321

Carmela Garofalo

La nozione di disoccupato
alla luce della recente evoluzione normativa

(Corte d'Appello Milano, 22.10.2018)

327

Roberta Covelli

Accesso alle prestazioni di sicurezza sociale
e discriminazione degli stranieri

(Tribunale Milano, 12.12.2018, ord.)

339

Rosa Di Meo

Automaticità delle prestazioni e lavoratori parasubordinati:
ancora un contributo dalla giurisprudenza

(Tribunale Rovereto, 20.9.2018)

344

OSSERVATORI ONLINE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di Luigi Menghini e Roberta Nunin

Periodo ottobre 2018 - marzo 2019

Luigi Menghini e Roberta Nunin

40

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di Adalberto Perulli

Periodo gennaio - dicembre 2018

Adalberto Perulli ed Elena Sychenko

49

LAVORO PUBBLICO

a cura di Paola Saracini

Periodo gennaio - aprile 2019

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli

71

Si avvertono i gentili lettori che l'abbonamento alla *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* dà diritto all'accesso gratuito e riservato al *Notiziario della Rivista giuridica del lavoro*, pubblicato a partire dal n. 1/2017 esclusivamente online.

PARTE I
DOTTRINA

Gisella De Simone (*), *Andrea Lassandari* (**)

INTRODUZIONE

1. — Dedicare la parte monografica del fascicolo della *Rivista* alla retribuzione sconta molti e diversi rischi: non originalità e ripetitività innanzitutto, trattandosi di un tema antico quanto il diritto del lavoro; vaghezza e incompletezza, considerata la vastità delle problematiche connesse.

Abbiamo deciso di correre questi rischi (e molti altri che il lettore potrà enumerare) perché le questioni analizzate appaiono oggi di grandissima importanza e attualità.

La retribuzione rappresenta un diritto fondamentale della persona che lavora, donna o uomo: non è peregrino specificarlo, vista la latente ma riemergente tentazione di una parte della politica di ricondurre il ruolo della donna a mera «colonna della famiglia». Un diritto costituzionale che si dovrebbe concretizzare in una retribuzione equa, ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione: una retribuzione, cioè, proporzionata alla quantità e qualità del lavoro nonché sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa.

Ha senso allora chiedersi quanto oggi la retribuzione – o forse meglio le retribuzioni effettivamente corrisposte a lavoratrici e lavoratori – garantisca la dignità della persona e il rispetto del principio di eguaglianza tra donne e uomini (tema al quale è dedicato il saggio di Lazzeroni).

Anche però domandarsi – in una prospettiva non così usuale nel diritto del lavoro – quanto sia effettivo il credito retributivo del lavoratore. Ciò comporta la necessità di riflettere anche sulla dimensione pubblicistica (la prevenzione, i controlli, le sanzioni ma anche i procedimenti che inducono al corretto adempimento dell'obbligazione) del diritto alla retribuzione. L'analisi svolta da Novella molto ci dice sui limiti di un sistema sanzionatorio che, con espressione *tranchant*, potremmo definire «disarmato» e soprattutto incapace di soddisfare al contempo il rispetto del diritto fondamentale (la «giusta» retribuzione) e del diritto di credito del singolo prestatore.

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Genova.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

Poiché la retribuzione *non* è una variabile indipendente – dall'andamento dell'economia, dalla ripartizione tra capitale e lavoro della ricchezza prodotta, dalla regolazione del mercato e dei rapporti di lavoro da parte del legislatore –, ma è comunque il risultato di un equilibrio o di uno squilibrio tra le parti dei contratti collettivi e individuali, abbiamo scelto di procedere tenendo in considerazione questi aspetti.

Per definire le coordinate economiche, tra le quali si colloca il problema della consistenza e della distribuzione dei redditi da lavoro, è stato così anteposto alle riflessioni strettamente giuridiche il contributo di due economisti (Brancaccio e Giammetti). Gli Autori hanno analizzato, in particolare, l'impatto delle cd. riforme strutturali degli ultimi decenni su occupazione, disoccupazione, crescita economica, mantenendo sempre sullo sfondo, per così dire, la questione salariale. Sfatando con rigore metodologico e dati empirici appropriati alcuni miti della stagione (non conclusa) della flessibilità (del lavoro e delle condizioni di lavoro) quale motore della ripresa economica e della crescita dell'occupazione, il saggio mostra come i sicuri effetti di queste politiche siano stati la riduzione della quota del reddito nazionale destinata ai salari e la crescita delle diseguaglianze di reddito.

Quindi un ampio contributo (di Lassandari) è dedicato alle clausole collettive volte a regolamentare il rapporto tra livelli di contrattazione e la retribuzione. Individuato nel modello introdotto con l'Accordo del 23 luglio 1993 il (tuttora permanente) punto di riferimento fondamentale in materia, pur considerate le modificazioni successivamente emerse, comprese le più recenti, se ne analizzano le criticità, trascorso oramai un quarto di secolo. Segnalando altresì come il progressivo indebolimento del sistema di contrattazione collettiva, dovuto a diversificati fattori, assai evidente nel nuovo secolo, abbia ulteriormente ridotto la retribuzione «certa» distribuita ai prestatori.

All'analisi invece del rapporto tra retribuzione sufficiente e salario minimo legale, istituto non presente in Italia ma da circa un lustro ben noto al dibattito politico, sono rivolte le riflessioni di Ballestrero. L'Autrice, con grande limpidezza, muovendo dalla crescente povertà tra coloro che non hanno un'occupazione ma anche (e qui sta il punto di massimo interesse) tra coloro che lavorano (*in-work poverty*), riflette sulla relazione tra i due necessari caratteri della retribuzione (proporzionalità e sufficienza) e offre una lettura, anche storica, della nozione di salario minimo, per giungere sino ai più recenti progetti legislativi.

L'approfondimento è completato dal saggio di Centamore, concernente l'intervento della giurisprudenza, da ritenere fondamentale nella esperienza nazionale, in carenza appunto di una disciplina legale del salario mi-

nimo. Qui vengono analizzati i più recenti orientamenti emersi, presso i giudici sia di merito che di legittimità: con decisioni talora innovative e anche inaspettate.

Ci piace evidenziare alcuni (fra i molti) punti di contatto tra i diversi contributi, degli economisti come dei giuslavoristi (di diverse generazioni: anche questa è stata una scelta non casuale), che riteniamo segnalino la centralità e la criticità di alcune ineludibili questioni.

La prima riguarda le politiche economiche e del lavoro degli ultimi decenni e odierne. Il mercato nel quale viene scambiata quella particolare «merce» – usando volutamente un lemma politicamente scorretto – che è il lavoro è un mercato regolato o deregolato dal legislatore. Le scelte operate (con finalità dichiarate o no, in buona e in cattiva fede, di creare occupazione *quelconque*, e dunque anche non di qualità, con orari ridotti o ridottissimi, sottoremunerata) si riflettono infatti sul *quantum* delle retribuzioni e sul *quomodo*, e sono contrattate o subite da lavoratrici e lavoratori.

Una seconda questione concerne la contrattazione collettiva, che con crescente difficoltà riesce a garantire condizioni, retributive *in primis*, dignitose del lavoro prestato. Ciò dipende da limiti intrinseci connessi alla «natura» della contrattazione collettiva in Italia [sullo sfondo e talora in evidenza in alcuni saggi compare la questione della (in)attuazione dell'art. 39 Cost.]. Ancora prima, tuttavia, probabilmente si deve alle condizioni in cui il sindacato si trova a operare, sottoposto come è alla formidabile pressione provocata dalla globalizzazione dei mercati e (negli ultimi dieci anni) dalla crisi economica, anche a fronte di un diffuso contemporaneo atteggiamento dei Governi, che tendono a «disintermediare» ogni tema di rilevanza lavoristica. Ne deriva oggi (anche) la proliferazione di contratti collettivi nazionali, sottoscritti anche da soggetti sindacali di incerta rappresentatività e talora dubbia genuinità: tra cui risulta comunque tutt'altro che semplice per i giudici individuare il riferimento ai fini della retribuzione sufficiente.

Per concludere con quella che non è una conclusione, lo spaccato delle problematiche presentate rafforza la nostra scelta iniziale. La questione salariale, anche quando colta, come in questa sede, nella sua dimensione prettamente giuridica, mostra la necessità di interventi decisi e decisivi del legislatore: vuoi per sostenere la contrattazione collettiva, anche affrontando il tema della attuazione dell'art. 39 Cost., ovvero, come lo scenario contemporaneo induce a ritenere più probabile, facendo proprie opzioni regolative del salario minimo che la prima valorizzino; vuoi per ridurre e sottoporre a nuova regolamentazione le troppe flessibilità dell'acquisizione del fattore lavoro e del suo impiego da parte delle imprese.

Nella consapevolezza che, comunque, ogni disciplina nazionale, legislativa o contrattuale che sia, deve fare i conti, per non peccare fin dall'origine di ineffettività, con la globalizzazione dei mercati (come si diceva). Proprio la globalizzazione apre la porta alla «via di fuga» rappresentata dalla delocalizzazione e alla crescente importanza, nell'economia italiana (come nello scenario mondiale), di imprese non europee: imprese nate e sviluppatesi in continenti dove il radicamento del diritto del lavoro e l'attenzione ai bisogni dei prestatori sono stati e restano ben più limitati e incerti (e non ci riferiamo solo alla Cina).

Emiliano Brancaccio (*), *Raffaele Giammetti* (**)

LE «RIFORME STRUTTURALI» DEL MERCATO DEL LAVORO: PROMESSE POLITICHE ED EVIDENZE EMPIRICHE

SOMMARIO: 1. Un'occasione per gettare un ponte tra diritto ed economia. — 2. La lunga era delle «riforme strutturali» del lavoro: l'indice Epl. — 3. Le «riforme strutturali» del lavoro come risposta alla grande recessione. — 4. Sulle relazioni tra «riforme» del lavoro, occupazione, disoccupazione e crescita economica: una rassegna delle evidenze empiriche. — 5. Flessibilità del lavoro e disuguaglianze di reddito. — 6. Conclusioni.

1. — *Un'occasione per gettare un ponte tra diritto ed economia* — Avere il privilegio, da economisti, di introdurre una raccolta di saggi realizzati da giuristi del lavoro costituisce una rara occasione per muovere in controtendenza rispetto agli attuali, inverecondi meccanismi della valutazione della ricerca universitaria, che in Italia anche più che altrove scoraggiano l'interazione tra i diversi settori della conoscenza accademica. Tra le implicazioni degli odierni approcci alla valutazione, e più in generale dell'alienazione culturale del nostro tempo, vi è il fatto che oggi una feconda fusione di conoscenze tra gli esperti dei diversi campi del sapere si verifica rarissimamente. L'esempio del diritto e dell'economia, in questo senso, ci pare emblematico. È comune, purtroppo, il caso di economisti che affrontano i temi del diritto con proterva ignoranza, finendo per proporre interpretazioni erronee e fuorvianti delle norme e delle loro dinamiche. Questa circostanza, del resto, non sembra affatto estranea alle più generali prassi di ricerca tipiche degli economisti o, per meglio dire, degli esponenti del pensiero economico oggi prevalente. L'atteggiamento di chiusura del cosiddetto «*mainstream*» economico verso lo scambio di conoscenze tra i diversi settori della ricerca sembra costituire una caratteristica a esso pressoché congenita, ampiamente documentata in letteratura. In un sondaggio rivolto a studiosi appartenenti a vari campi delle scienze sociali è stato chiesto di esprimere

(*) Professore associato presso l'Università del Sannio.

(**) Assegnista di ricerca postdottorato presso l'Università Politecnica delle Marche.

un giudizio nei confronti della proposizione: «la conoscenza interdisciplinare è migliore della conoscenza ottenuta da una singola disciplina». La grande maggioranza degli intervistati si è detta concorde con questa affermazione, a eccezione degli economisti (1). A conferma di tale peculiarità culturale, in uno studio pubblicato da *Nature*, è stato calcolato il grado di interdisciplinarietà delle diverse aree della ricerca scientifica sulla base del numero di riferimenti bibliografici degli studi di ciascun settore verso gli altri e del numero di citazioni che ogni settore riceve dagli altri: con riferimento al periodo 1950-2014, si rileva che l'economia giace sul fondo della classifica dell'interdisciplinarietà, accanto alla fisica teorica e forse con meno giustificazioni di quest'ultima (2). La scienza economica oggi prevalente si presenta quindi come una disciplina insulare e autoreferenziale. Qualcuno l'ha persino definita una disciplina «imperialista» (3), nel senso che pretende anche di applicare gli angusti strumenti dell'ottimizzazione sotto vincoli, tipici della teoria neoclassica dominante, per interpretare fenomeni estremamente complessi, che di norma attengono ad altri ambiti della conoscenza, dalla psicologia al diritto, e che richiederebbero approcci metodologici ben più articolati.

A quanto pare, dunque, gli economisti che vanno per la maggiore si sentono a proprio agio in questa sorta di medioevo accademico, fatto di isole del sapere non comunicanti tra loro. Tuttavia, i colleghi giuristi converranno con noi che la malattia dell'insularità scientifica non è tipica dei soli economisti. Sono noti i casi di influenti esperti del diritto che trattano di questioni economiche in modo preconconcetto, senza avere cognizione delle evidenze empiriche contrarie alla *vulgata* e più in generale dell'esistenza, in seno alla scienza economica, di una contesa tra paradigmi scientifici alternativi (4).

Ben vengano dunque occasioni come questa che, contro la perniciosa tendenza allo specialismo accademico, osano edificare ponti di comunicazione tra le diverse discipline, in particolare tra il diritto e l'economia. In linea con questo obiettivo generale, nelle pagine che seguono proporremo una breve rassegna degli studi dedicati a un tema cruciale, dal punto di vista scientifico e politico: ci riferiamo al rapporto tra le cosiddette «riforme

(1) Fourcade *et al.* 2015.

(2) Van Noordan 2015.

(3) Stigler 1984.

(4) Cfr. «La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia», seminario organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, 26 ottobre 2016, Scandicci (FI). Relazioni di Pietro Ichino ed Emiliano Brancaccio.

strutturali del mercato del lavoro», da un lato, e gli andamenti effettivi dell'occupazione, della crescita e della distribuzione del reddito, dall'altro.

Le «riforme strutturali», come è noto, nel linguaggio corrente stanno a indicare quell'insieme di cambiamenti legislativi orientati verso una progressiva deregolamentazione dei rapporti di lavoro, idealmente finalizzata a ridurre gli ambiti di intervento della legge al fine di liberare il più possibile i cosiddetti meccanismi spontanei della domanda e dell'offerta del mercato. Tali riforme possono riguardare molteplici aspetti della normazione sul lavoro: dai livelli di decentramento della contrattazione, alla disciplina dei salari minimi, alla rappresentanza sindacale, al diritto di sciopero, alla legislazione sui licenziamenti e sulla durata e tipologia dei contratti di lavoro, e così via. In questa sede ci concentreremo soprattutto sulla disciplina dei contratti di lavoro, i cui cambiamenti sono da vari anni raccolti e sintetizzati tramite i cosiddetti «indici di protezione del lavoro» – *Employment protection legislation*: di seguito, Epl – calcolati dall'Ocse. Tuttavia, le argomentazioni generali che sosterranno possono esser fatte valere per l'intero complesso delle cosiddette «riforme strutturali del mercato del lavoro».

Sin dagli anni novanta, nel dibattito politico internazionale ha regnato la visione secondo cui le «riforme strutturali» tese alla deregolamentazione del mercato del lavoro favorirebbero la crescita dell'occupazione e più in generale lo sviluppo economico. L'idea è che un elevato grado di rigidità del mercato del lavoro – dovuto, ad esempio, alla presenza di sussidi di disoccupazione, salari minimi, contrattazione nazionale, vincoli ad assunzioni e licenziamenti ecc. – comporti una rigidità dei salari, e più in generale del sistema dei prezzi, tale da impedire lo spontaneo equilibrio di mercato tra domanda e offerta di lavoro e di merci. La rimozione di tali impedimenti strutturali si tradurrebbe in una maggiore dinamicità del mercato del lavoro, consentendo alle imprese di adattarsi meglio ai cicli produttivi e ai cambiamenti nella tecnologia e nei gusti dei consumatori, e costituendo quindi un incentivo ad assumere di più (5). Questa concezione prende a modello l'estrema flessibilità dei contratti di lavoro negli Stati Uniti e spiega la maggiore disoccupazione in Europa come effetto di una eccessiva rigidità dei mercati del lavoro del vecchio continente (6). Si è parlato in tal senso di «ortodossia Fmi-Ocse» (7) o «Consenso transatlantico» (8).

(5) Fmi 2003.

(6) Siebert 1997.

(7) Howell *et al.* 2007.

(8) Fitoussi, Saraceno 2013.

Per circa un quarto di secolo, tale orientamento ha pervaso le linee di politica economica della maggior parte dei Governi nazionali, in ambito Ocse e non solo. Tuttavia, come vedremo, nello stesso periodo in cui questo indirizzo politico dispiegava i suoi effetti in molti paesi, si sono accumulate evidenze empiriche che hanno sollevato dubbi crescenti sulla effettiva capacità delle «riforme strutturali del lavoro» di accrescere l'occupazione e stimolare la crescita economica, e al tempo stesso sono emersi elementi a sostegno della tesi che tali «riforme» non facciano altro che alimentare le disuguaglianze. Ciò nonostante, la tendenza alla deregolamentazione del lavoro non si è arrestata: anzi, in alcuni casi si è addirittura intensificata a seguito della grande recessione internazionale.

L'articolo è organizzato come segue. Nel paragrafo 2 descriviamo l'*Employment Protection Legislation index*, ovvero un indice elaborato dall'Ocse per misurare e confrontare i gradi di rigidità dei mercati del lavoro dei vari paesi, e verifichiamo il suo andamento nel tempo e nello spazio. Il paragrafo 3 riguarda gli interventi legislativi di deregolamentazione del mercato del lavoro attuati in risposta alla crisi economica globale del 2007-2008. Nel paragrafo 4 presentiamo una breve rassegna dei principali studi empirici che dagli anni novanta a oggi hanno analizzato le relazioni tra «riforme» di deregolamentazione del lavoro, occupazione, disoccupazione e crescita economica. Il paragrafo 5 commenta la maturazione del recente filone di ricerca sviluppatosi intorno allo studio dell'impatto che le «riforme» del lavoro hanno sulla distribuzione del reddito. Il paragrafo 6 conclude.

2. — *La lunga era delle «riforme strutturali» del lavoro: l'indice Epl* —

Da almeno un quarto di secolo, le cosiddette «riforme strutturali» del lavoro rappresentano un caposaldo delle politiche economiche dei paesi Ocse.

Per sincerarsi di questa tendenza di lungo periodo, è possibile esaminare uno degli indicatori che tipicamente vengono adoperati in letteratura per misurare e confrontare i gradi di rigidità dei mercati del lavoro dei vari paesi: si tratta dell'*Employment Protection Legislation (Epl) index*, calcolato dall'Ocse (9). L'Epl è un indice cardinale costituito da 21 voci che concorrono a determinare tre sottoindicatori. Il primo sottoindicatore considera un gruppo di fattori (1-9) relativi alla normativa sui lavoratori a tempo indeterminato licenziati per motivi individuali o economici, ma senza giusta causa. Questo sottoindicatore incorpora tre aspetti salienti della protezione

(9) Per una descrizione completa dell'indice Epl si rimanda a Ocse 1994 e a Ocse 2013.

dal licenziamento individuale: i) gli impegni procedurali che i datori di lavoro affrontano all'avvio del processo di licenziamento, come gli obblighi di notifica e comunicazione preventiva; ii) le indennità di licenziamento, che solitamente variano in base all'anzianità di servizio; e iii) le difficoltà di licenziamento, ovvero le circostanze entro le quali un licenziamento è legittimo, nonché le ripercussioni economiche per il datore di lavoro nel caso in cui un licenziamento risulti illegittimo. Il secondo sottoindicatore considera i fattori (10-17) relativi ai contratti a termine standard e al lavoro interinale – *temporary-work-agency employment* – e contempla le norme riguardo ai tipi di lavoro per i quali tali contratti sono consentiti, il numero di rinnovi possibili e la durata cumulativa massima. Questa misura tiene conto anche dei regolamenti che disciplinano l'istituzione e il funzionamento delle agenzie di lavoro temporaneo, nonché le norme a garanzia della parità di retribuzione e/o di condizioni di lavoro tra i lavoratori assunti mediante agenzia e i lavoratori equivalenti già impiegati nell'impresa utilizzatrice. Infine, nel terzo sottoindicatore rientrano i fattori (18-21) che definiscono le regole specifiche da applicare nel caso di licenziamenti collettivi. La maggior parte dei paesi impone ulteriori costi o procedure di notifica quando un datore di lavoro licenzia un numero elevato di lavoratori in una sola volta. Questo terzo sottoindicatore include tutti i costi aggiuntivi che vanno oltre quelli applicabili per il licenziamento individuale. Dalla combinazione di questi tre sottoindicatori scaturisce l'Epl: una misura generale del grado di rigidità della regolamentazione del lavoro in ciascun paese compresa tra zero (massima flessibilità) e sei (massima rigidità).

L'idea di ridurre a meri numeri cardinali la complessità delle legislazioni del lavoro dei vari paesi può esser sottoposta a varie critiche, così come può essere rimarcato il fatto che l'Ocse ha impiegato diversi anni per affinare il calcolo dell'indice ed evitare di incorrere in errori di interpretazione delle norme delle diverse nazioni esaminate. Tuttavia, per quanto impreciso, è indubbio che l'indice Epl costituisca un prezioso strumento di comunicazione tra economisti e giuristi: esso consente di esaminare le tendenze generali della regolamentazione del lavoro e di valutare poi le loro implicazioni sugli aggregati economici.

Da questo punto di vista, si può notare che le «riforme strutturali» del lavoro approvate negli ultimi decenni hanno avuto un impatto significativo sull'andamento nel tempo e nello spazio dell'indice Epl. Osservando le serie storiche che l'Ocse ha elaborato per 26 paesi dal 1990 fino al 2013, si rilevano 62 variazioni negative dell'Epl in 16 paesi. Nello stesso arco temporale, l'indice Epl medio è diminuito di 0,47 (passando da 2,27 a 1,80), e la sua varianza è diminuita di 0,82 (passando da 1,38 a 0,56).

Questi dati evidenziano che nell'arco di un paio di decenni si è assistito a una convergenza internazionale verso la deregolamentazione del mercato del lavoro. La riduzione dell'Epl è ancor più pronunciata se restringiamo l'indagine ai paesi che compongono l'Unione europea, dove la volontà politica di conseguire una maggiore deregolamentazione del lavoro al fine di ridurre le divergenze coi mercati angloamericani è risultata particolarmente marcata. Infatti, tra il 1990 e il 2013, nei primi 11 paesi dell'area Euro – escludendo il Lussemburgo a causa di dati mancanti – si registrano ben 40 variazioni negative dell'Epl – circa il 65 per cento delle variazioni a livello globale – che hanno condotto a una riduzione dell'indice Epl medio di 0,64 punti (da 2,55 a 1,91) e a una diminuzione della sua varianza di 0,89 (da 1,19 a 0,3) (10). Il caso dell'Italia è emblematico. Nel nostro paese, sempre nel periodo 1990-2013 considerato, si verifica il secondo più accentuato declino dell'indice Epl (da 3,76 a 2,26): inferiore soltanto alla caduta registrata in Grecia e superiore del sessanta per cento alla riduzione che si è registrata in Germania a seguito delle famigerate «riforme Hartz». Sebbene l'Ocse non abbia ancora reso disponibili i dati successivi al 2013, è possibile prevedere che con il cosiddetto *Jobs Act* l'Italia abbia superato anche la Grecia in termini di caduta dell'Epl, e che la successiva «legge Dignità» non l'abbia significativamente mitigata (11).

3. — *Le «riforme strutturali» del lavoro come risposta alla grande recessione* — Da alcuni anni, purtroppo, l'Ocse tarda ad aggiornare il database dell'Epl *index*, e quindi non è possibile studiarne gli andamenti successivi al 2013. Tuttavia, esistono numerose evidenze del fatto che negli ultimi anni la tendenza alla deregolamentazione del mercato del lavoro si è addirittura intensificata. A seguito della crisi economica iniziata nel 2007-2008, con l'intento dichiarato di rispondere alla cosiddetta «grande recessione» e al connesso aumento dei tassi di disoccupazione, le istituzioni internazionali e i Governi nazionali, europei e non solo, hanno promosso e approvato un numero cospicuo di interventi legislativi finalizzati a «riformare» ulteriormente i mercati del lavoro nella direzione di una loro più accentuata deregolamentazione. Qualche citazione, tra le tante possibili, aiuterà a sincerarsi della pervasività di questa linea d'azione. Nel 2014, il segretario generale dell'Ocse Ángel Gurría sosteneva che «Per stimolare l'occupazione gli altri paesi europei devono seguire il Regno Unito e adottare riforme che accrescano la flessibilità del mercato

(10) Brancaccio *et al.* 2018.

(11) Brancaccio *et al.* 2016.

del lavoro» (12). L'anno precedente, José Manuel Barroso, allora presidente della Commissione europea, affermava che «le riforme del mercato del lavoro sono necessarie per contrastare la disoccupazione e rafforzare la competitività» (13). A livello nazionale, il premier spagnolo Mariano Rajoy dichiarava che la riforma del lavoro approvata in Spagna e tesa a ridurre le tutele «è giusta, buona e necessaria per rilanciare l'occupazione» (14). Una tesi analoga venne avanzata dall'ex Presidente del Consiglio italiano Mario Monti, che nel 2012 affermava: «La riforma del mercato del lavoro è di rilievo storico per l'Italia. Questa riforma aiuterà la crescita» (15). E ancora, l'ex cancelliere tedesco Gerard Schroeder nello stesso anno dichiarava: «I risultati della riforma del lavoro parlano da soli. Eravamo "l'uomo malato" d'Europa, ora siamo la "signora in salute" dell'Unione, con un tasso di disoccupazione ai minimi dal 1990» (16). Su posizioni analoghe si collocava il presidente francese François Hollande, secondo cui «il *Code du travail* è essenziale per creare nuovi posti di lavoro e consentire alle imprese di assumere di più» (17). E ancora, in un discusso messaggio su Twitter del 2014, l'ex Presidente del Consiglio italiano Matteo Renzi scriveva: «Dati ufficiali Istat di oggi. Nel II trimestre 2016 più 189 mila posti di lavoro. Da inizio nostro Governo: più 585 mila. Il *Jobs Act* funziona» (18). Più di recente, in riferimento alla norma che deregolamenta gli straordinari, passata agli onori delle cronache sotto il nome di «legge schiavitù», il premier ungherese Viktor Orban ha dichiarato: «Questa è una buona legge che opererà a beneficio dei lavoratori» (19).

A quanto pare, dunque, sotto Governi caratterizzati dai più diversi orientamenti, la risposta prevalente alla crisi economica è consistita nell'intensificazione di quelle «riforme strutturali» volte a deregolamentare il mercato del lavoro che fin dai primi anni novanta del secolo scorso hanno rappresentato

(12) *UK labour market an example to rest of EU: OECD chief*, in *The Telegraph*, 12 aprile 2014.

(13) *Statement by President Barroso on the country-specific recommendations package 2013*, in *Press Release Database*, Bruxelles, 29 maggio 2013.

(14) *Rajoy: La reforma laboral es justa, buena y necesaria para España*, in *El Mundo*, 20 febbraio 2012.

(15) *Monti vara la riforma: svolta storica*, in *la Repubblica*, 4 aprile 2012.

(16) *Gerhard Schröder: The Man Who Rescued the German Economy*, in *The Wall Street Journal*, 6 luglio 2012.

(17) *Thousands march in Paris in protest at labour reforms*, in *France24*, 29 giugno 2016.

(18) *Jobs Act funziona*, in *Ansa*, 12 settembre 2016.

(19) *Workers' Interest vs. «Slave Law»: Chaos, Protests and Scandals Accompany Final Vote*, in *Hungary Today*, 13 dicembre 2018.

l'approccio *mainstream* ai problemi dell'occupazione e dello sviluppo. A riprova di tale intensificazione, uno studio condotto su 111 paesi ha contato circa 360 nuovi interventi di deregolamentazione del lavoro tra il 2008 e il 2014, attuati specialmente nelle economie sviluppate e in misura particolare in quei paesi europei che hanno maggiormente patito la crisi economica (20).

4. — *Sulle relazioni tra «riforme» del lavoro, occupazione, disoccupazione e crescita economica: una rassegna delle evidenze empiriche* — Ma quali sono stati gli effetti concreti delle cosiddette «riforme strutturali» del lavoro? Esaminando i periodi sia antecedenti che successivi alla crisi, alla luce delle evidenze empiriche disponibili, si può davvero sostenere che tali «riforme» abbiano effettivamente contribuito a un aumento dell'occupazione, una riduzione della disoccupazione e un rilancio della crescita economica?

Negli ultimi decenni, la relazione tra la regolamentazione del mercato del lavoro e i principali indicatori macroeconomici è stata oggetto di numerose indagini empiriche. Guardando l'evoluzione temporale dei risultati emersi in letteratura, si distinguono due fasi distinte. In un primo periodo, gli studi empirici condotti tra gli anni novanta e i primi anni duemila convergevano nel sostenere l'esistenza di una relazione diretta tra Epl e disoccupazione, nel senso che una maggiore protezione dei lavoratori comporterebbe maggiore disoccupazione. Una delle prime e più influenti analisi in tema, rilevava che l'occupazione è più bassa e la disoccupazione è più elevata nei paesi in cui il mercato del lavoro è più rigido, ovvero laddove l'indice Epl è più elevato (21). Analoghe conclusioni sono contenute nel *Jobs Study* pubblicato nel 1994 dall'Ocse, in cui si legge che: «Un'offerta di lavoro efficiente e flessibile è fondamentale per garantire che le politiche economiche operino in modo da creare nuovi posti di lavoro e aiutino le persone a occuparli» (22). Tradotto: il mercato del lavoro deve essere flessibile e non rappresentare un ostacolo al raggiungimento dello spontaneo equilibrio tra domanda e offerta. Queste tesi hanno avuto una notevole influenza sulla letteratura del tempo (23), anche grazie al sostegno delle evidenze empiriche mostrate da economisti dell'Ocse che alla fine degli anni novanta sostenevano l'esistenza di un significativo e positivo nesso tra la riduzione dell'indice Epl e la riduzione dei tassi di disoccupazione (24).

(20) Adascalitei, Pignatti Moreno 2015.

(21) Lazear 1990.

(22) Ocse 1994, 28.

(23) Per un approfondimento, si rimanda a: Howell *et al.* 2007; Berg 2015.

(24) Cfr.: Scarpetta 1996; Elmeskov *et al.* 1998.

Con il passare del tempo, tuttavia, le certezze che caratterizzavano i primi studi in materia sono venute meno al cospetto dell'accumularsi di nuove e più approfondite evidenze empiriche in materia. Il consenso riguardo ai benefici delle «riforme strutturali» votate alla flessibilità del lavoro, costruito intorno all'idea di una relazione positiva tra Epl e disoccupazione, lascia il posto alla tesi secondo cui non vi sarebbe una chiara relazione causale tra regimi di protezione dei lavoratori e *performance* del mercato del lavoro. Il primo segnale di cambiamento giunse proprio da un sorprendente risultato empirico della stessa Ocse, per la prima volta basato sull'uso dell'indice Epl: un celebre grafico, rappresentativo di un'analisi «*cross-section*», negava l'esistenza di una correlazione statistica significativa tra l'indice di protezione del lavoro e il tasso di disoccupazione (25).

Inizia così a farsi largo una nuova serie di evidenze, che mette in discussione i risultati precedenti. Le analisi empiriche degli anni novanta e dei primi anni duemila vengono contestate in base all'idea che esse siano state viziate da un approccio metodologico «guidato dalla teoria» (26), dove la teoria in questione è quella *mainstream*, generalmente favorevole alle libertà di mercato. In tal senso, si giunge a sostenere che: «Mentre vi sono solidi argomenti teorici alla base della richiesta di tali riforme – del lavoro –, le prove empiriche sono in qualche modo meno sviluppate e, in alcuni casi, non confortanti» (27).

Alcuni riferimenti aiuteranno a sincerarsi di questo più recente approdo della ricerca scientifica in materia. Nel 2006, in una celebre rassegna dedicata all'argomento, l'ex capo economista del Fondo monetario internazionale Olivier Blanchard arriva a dichiarare che «le differenze nei regimi di protezione dell'impiego appaiono largamente incorrelate alle differenze tra i tassi di disoccupazione dei vari paesi» (28). Le conclusioni di Blanchard fanno il paio con i risultati di altri studi influenti. In un lavoro congiunto, gli economisti Baker, Glyn, Howell e Schmitt affermano che «le evidenze empiriche non sono in grado di giustificare le prescrizioni radicali e incondizionate per la deregolamentazione del mercato del lavoro che pervadono gran parte del dibattito politico» (29). Dello stesso avviso il noto econometrico James Heckman, commentando le evidenze sugli effetti della regola-

(25) Ocse 1999.

(26) Howell *et al.* 2007.

(27) Fmi 2003, 129.

(28) Blanchard 2006, 30.

(29) Baker *et al.* 2005, 109.

mentazione sui mercati del lavoro europei, ammette: «le prove attualmente in gioco in questa letteratura sono deboli» (30). L'incertezza dei risultati raggiunti in venti anni di ricerche è ben sintetizzata da Tito Boeri e Jan van Ours, che in una ricognizione sulla letteratura esistente esaminano 13 importanti studi, rilevando che tra questi soltanto uno segnala una relazione tra riduzione delle tutele e crescita dell'occupazione, mentre altri nove giungono a risultati indeterminati e tre di essi addirittura indicano che la maggior precarizzazione del lavoro è statisticamente correlata a riduzioni dell'occupazione e aumenti della disoccupazione (31). Anche la letteratura più recente converge nel sostenere l'inesistenza di una chiara relazione tra flessibilità del lavoro e occupazione (32).

Ancor più significative sono le ammissioni di quelle istituzioni economiche internazionali che per lungo tempo hanno esortato i Governi a procedere lungo la via della deregolamentazione del lavoro. Ad esempio, il *World Development Report* pubblicato nel 2013 dalla World Bank è giunto alla seguente conclusione: «Nuovi dati e metodologie più rigorose hanno scatenato un'ondata di studi empirici negli ultimi due decenni sugli effetti della regolamentazione del lavoro [...] Sulla base di questa ondata di nuove ricerche, l'impatto globale della maggiore flessibilità del lavoro è inferiore all'intensità che il dibattito suggerirebbe. Per la maggior parte, le stime tendono a essere insignificanti o modeste» (33). E ancora, il *World Economic Outlook* 2016 del Fmi evidenzia che «le riforme che facilitano il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno, in media, effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche» (34). Sulla stessa lunghezza d'onda si situa l'*Employment Outlook* 2016 dell'Ocse, in cui si legge: «La maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro suggeriscono che esse hanno un impatto nullo o limitato sui livelli di occupazione nel lungo periodo» (35). Ammissioni di una schiettezza scientifica sorprendente, considerato che l'indirizzo politico di queste istituzioni resta tuttora orientato a favore delle «riforme strutturali» del lavoro.

(30) Heckman 2007, 4.

(31) Boeri, van Ours 2008.

(32) Cfr.: Howell, Rehm 2009; Armingeon, Baccaro 2012; Storm, Naastepad 2012; Vergeer, Kleinknecht 2012; Avdagic, Salardi 2013; Oil 2015; Adascalitei, Pignatti Morano 2015.

(33) World Bank 2013, 261.

(34) Fmi 2016, 115.

(35) Ocse 2016, 126.

L'ambiguità dei risultati raggiunti nelle ricerche sulla possibile relazione tra flessibilità e occupazione si riscontra anche negli studi sui possibili legami tra le riforme del mercato del lavoro e la crescita economica. I riferimenti in letteratura in questo caso sono meno numerosi. Belot, Boone e van Ours rilevano l'esistenza di una relazione a forma di gobba tra Epl e crescita del Pil *pro capite*, nel senso che, quando l'Epl è basso, un suo aumento genera una crescita del Pil, ma questo effetto positivo diviene negativo al superamento di una certa soglia (36). In modo simile, Allard e Lindert presumono l'esistenza di una soglia e presentano due set di risultati sulla relazione tra Epl, produttività e crescita del Pil (37). Secondo gli Autori, nei paesi in cui non esiste o è limitata la coordinazione salariale tra i lavoratori, un aumento delle protezioni non avrebbe alcun impatto significativo. Diversamente, in contesti di forte coordinamento salariale, la crescita dell'Epl è associata a una riduzione della produttività dei lavoratori e del Pil. In contrasto con questi risultati, Lingens e Mortensen rilevano l'inesistenza di una chiara relazione tra Epl e crescita economica (38), mentre Adjemian, Langor e Rojas mostrano l'esistenza di una relazione positiva tra il tasso di crescita medio del Pil *pro capite* di ciascun paese europeo e i differenti indici Epl (39). In definitiva, in accordo con i risultati relativi all'occupazione e alla disoccupazione, la letteratura empirica sembra mettere in discussione il possibile impatto delle riforme del mercato del lavoro sulla crescita economica.

I postulati della teoria economica dominante, secondo cui una maggiore flessibilità del lavoro dovrebbe favorire la crescita dell'occupazione e più in generale lo sviluppo economico, non sembrano dunque trovare conferma nelle evidenze empiriche. Tra le possibili spiegazioni, vi è il fatto che la precarizzazione dei contratti può forse indurre le imprese ad assumere lavoratori nelle fasi di ripresa economica, ma consente loro di liberarsi facilmente di quegli stessi lavoratori nei periodi di crisi: alla fine, tra creazione e distruzione di posti di lavoro, l'effetto netto delle deregolamentazioni sull'occupazione e sulla crescita economica risulta essere pressoché nullo. Ma più in generale, l'assenza di relazioni empiriche significative tra deregolamentazioni del lavoro, da un lato, e riduzioni della disoccupazione, aumenti dell'occupazione e della crescita economica, dall'altro, costituisce una tipica prova scientifica avversa al paradigma economico dominante, di

(36) Belot *et al.* 2007.

(37) Allard, Lindert 2007.

(38) Lingens 2003; Mortensen 2005.

(39) Adjemian *et al.* 2010.

stampo neoclassico, che reputa quelle relazioni pressoché indiscutibili sul piano teorico.

5. — *Flessibilità del lavoro e disuguaglianze di reddito* — Negli anni in cui la ricerca empirica ha messo in discussione la capacità delle riforme strutturali del mercato del lavoro di stimolare l'occupazione e la crescita economica, gli economisti hanno cominciato a interrogarsi su un altro possibile nesso: tra le medesime riforme e l'aumento delle disuguaglianze sociali. Richard Freeman, in tal senso, ha dichiarato che una regolamentazione del lavoro più rigida «riduce la dispersione dei ricavi e la disuguaglianza tra i redditi», mentre ha «effetti ambigui su altri risultati aggregati, come l'occupazione e la disoccupazione»; pertanto, «le istituzioni del mercato del lavoro alterano la distribuzione del reddito ma non l'efficienza della produzione» (40). Questa visione, battezzata «Congettura Freeman» e testata empiricamente da Campos e Nugent mediante un'analisi econometrica comparativa, mostra che maggiori regolamentazioni e protezioni del lavoro siano associate a una riduzione delle disuguaglianze tra i percentili della popolazione senza presentare correlazioni significative con la crescita del Pil (41).

La tesi secondo cui le norme a tutela dei lavoratori avrebbero un'influenza sulla distribuzione dei redditi è suffragata anche dalle più influenti organizzazioni internazionali. In uno studio Ilo, Imf, Oecd, World Bank si legge: «Molti studi hanno scoperto che indebolire le istituzioni del mercato del lavoro può influire negativamente sulla distribuzione delle quote di reddito da lavoro nella parte inferiore e centrale della distribuzione, attraverso diversi canali tra cui la riduzione del potere contrattuale dei lavoratori» (42). Più precisamente, guardando all'effetto diretto delle leggi a protezione del lavoro sulla disuguaglianza dei redditi, una ricerca pubblicata dal Fmi afferma: «ci sono evidenze per cui una minore protezione dell'occupazione è associata a un coefficiente di Gini sui redditi lordi più elevato, e che una più debole protezione dell'impiego sui contratti temporanei è legata all'aumento dei redditi dei più ricchi» (43). Pertanto, la deregolamentazione del lavoro avrebbe come effetto uno spostamento della ricchezza verso i redditi già elevati (44).

(40) Freeman 2008, 15.

(41) Campos, Nugent 2015.

(42) Ilo, Imf, Oecd, World Bank 2015, 21.

(43) Jaumotte, Buitron 2015, 21.

(44) Risultati simili sono riportati in: Checchi, Garcia-Peñalosa 2008; De *et al.* 2011; Darcillon 2015; Calderón *et al.* 2005; Dosi *et al.* 2016.

Prendendo spunto dalla suddetta letteratura, in un'analisi condotta di recente sui paesi Ocse abbiamo indagato sull'esistenza o meno di relazioni statistiche tra deregolamentazioni del lavoro, da un lato, e occupazione, crescita economica e distribuzione del reddito, dall'altro (45). Diversamente dalle analisi sin qui riportate, piuttosto che dividere la popolazione in percentili, abbiamo suddiviso il reddito prodotto in quota salari e quota profitti. I risultati ottenuti indicano che una unità in meno nell'indice Epl di protezione del lavoro non presenta relazioni significative con la crescita complessiva del Pil, mentre risulta statisticamente associata a una quota del reddito nazionale destinata ai salari mediamente più bassa di circa mezzo punto percentuale. Inoltre, abbiamo verificato che shock nella legislazione del lavoro, che riducano gli indici di protezione dei lavoratori di circa mezzo punto, nel quinquennio successivo risultano statisticamente associati a riduzioni cumulate della quota salari fino a quattro punti percentuali complessivi e a incrementi corrispondenti della quota di reddito destinata ai profitti e alle rendite. A quanto pare, dunque, le deregolamentazioni del lavoro risultano correlate non alla crescita della produzione e dell'occupazione quanto piuttosto alla distribuzione del prodotto tra salari e profitti.

6. — *Conclusioni* — L'intento del presente articolo è stato quello di proporre una breve rassegna degli studi che si sono occupati dell'analisi del rapporto tra le cosiddette «riforme strutturali del mercato del lavoro», da un lato, e gli andamenti dell'occupazione, della crescita e della distribuzione del reddito, dall'altro.

Come abbiamo visto, l'idea secondo cui le politiche di deregolamentazione del lavoro favorirebbero la crescita dell'occupazione e lo sviluppo economico ha regnato nel dibattito politico internazionale sin dagli anni novanta. Questa egemonia è ben documentata sia dalle variazioni negative che l'indice Epl ha fatto registrare nell'ultimo quarto di secolo, sia dal copioso numero di «riforme» del lavoro che sono state attuate, con l'avallo dei principali leader mondiali, in risposta alla recente crisi economica. Eppure, tale orientamento politico appare in controtendenza con i risultati di oltre un ventennio di ricerche della più influente analisi economica, inclusa quella realizzata da istituzioni internazionali come Oecd, Imf, World Bank, storicamente favorevoli alle deregolamentazioni. Tali ricerche evidenziano l'assenza di relazioni statistiche significative tra deregolamentazione del lavoro, occupazione e sviluppo economico. Più di recente, inol-

(45) Brancaccio *et al.* 2018.

tre, sono emersi nuovi contributi scientifici che evidenziano come la deregolamentazione del lavoro sia correlata al potere contrattuale dei lavoratori, e per questa via possa determinare una compressione dei salari reali e delle quote salari e un connesso ampliamento delle disuguaglianze tra i redditi. Le «riforme» strutturali del lavoro, più che influire sulla crescita e produzione dell'occupazione, sembrano avere un ruolo cruciale nell'indirizzare gli esiti del conflitto distributivo tra le classi sociali.

Riferimenti bibliografici

- Adascalitei D., Pignatti Morano C. (2015), *Labour market reforms since the crisis: Drivers and consequences*, in *Research Department Working Paper*, n. 5, Ilo, Geneva.
- Adjemian, S. et al. (2010), *How do labor market institutions affect the link between growth and unemployment: The case of the European countries*, in *The European Journal of Comparative Economics*, n. 7(2), 347-371.
- Allard G.J., Lindert P.H. (2007), *Euro-Productivity and Euro-Jobs since the 1960s: Which Institutions Really Mattered?*, in Hatton T.J. et al. (a cura di), *The New Comparative Economic History: Essays in Honor of Jeffrey G. Williamson*, Cambridge (MA), e Mit Press, London.
- Armingeon K., Baccaro L. (2012), *Do labor market liberalization reforms pay off?*, in *Mimeo*, University of Geneva.
- Avdagic S., Salardi P. (2013), *Tenuous Link: Labour Market Institutions and Unemployment in Advanced and New Market Economies*, in *Socio-Economic Review*, n. 11(4): 739-769.
- Baker D. et al. (2005), *Labor market institutions and unemployment: A critical assessment of the cross-country evidence*, in Howell D. (a cura di), *Questioning liberalization: Unemployment, labor markets and the welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 72-118.
- Belot M. et al. (2007), *Welfare-Improving Employment Protection*, in *Economica*, n. 74, 381-396.
- Berg J. (2015), *Labour markets, institutions, and inequality*, Edward Elgar, Cheltenham, e Ilo, Geneva.
- Blanchard O. (2006), *European Unemployment: The Evolution of Facts and Ideas*, in *Economic Policy*, n. 45, 5-47.
- Boeri T., van Ours J. (2008), *The Economics of Imperfect Labor Markets*, Princeton University Press.
- Brancaccio E. et al. (2016), *Più flessibilità del lavoro crea davvero più occupazione? Ecco una lettura dei dati*, in <https://www.econopoly.ilsole24ore.com/>, 19 dicembre.
- Brancaccio E. et al. (2018), *Structural Labour Market Reforms, GDP growth and the Functional Distribution of Income*, in *Structural Change and Economic Dynamics*, vol. 44, marzo, 34-45. Doi: 10.1016/j.strueco.2017.09.001.
- Calderón C. et al. (2005), *Labor market regulations and income inequality: evidence for a panel of countries*, in Restrepo J.E., Tokman A.R. (a cura di), *Labor Markets and Institutions*, Central Bank of Chile, Santiago, I ed., vol. 8, cap. 7, 221-279.

- Campos N.F., Nugent J.B. (2015), *The Freeman Conjecture*, in *10th IZA/World Bank Conference on Employment and Development: Technological Change and Jobs*, Bonn.
- Checchi D., García-Peñalosa C. (2008), *Labour Market Institutions and Income Inequality*, in *Economic Policy*, n. 56, 601-649.
- Darcillon T. (2015), *How does finance affect labor market institutions? An empirical analysis in 16 Oecd Countries*, in *Socio-Economic Review*, n. 13(3), 477-504.
- De S. et al. (2011), *Income Inequality and Employment Protection Laws: Evidence from Oecd Countries*, in *7th Annual Conference on Economic Growth and Development*, Isi, Delhi, dicembre 2011.
- Dosi G. et al. (2016), *The Effects of Labour Market Reforms upon Unemployment and Income Inequalities: an Agent Based Model*, in *Lem Papers Series*, n. 27, Laboratory of Economics and Management (Lem), Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa.
- Elmeskov J. et al. (1998), *Key Lessons for Labour Market Reforms: Evidence from Oecd Countries' Experiences*, in *Swedish Economic Policy Review*, n. 5, 205-252.
- European Commission (2013), *Statement by President Barroso on the Country-specific recommendations package 2013*, in *European Commision press conference*, Brussels, 29 maggio, in http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-473_en.html.
- Fitoussi J-P., Saraceno F. (2013), *European economic governance: the Berlin-Washington Consensus*, in *Cambridge Journal of Economics*, n. 37(3), 479-496.
- Fmi (2003), *Unemployment and labour market institutions: Why reforms pay off*, in *World Economic Outlook 2003*, Imf, Washington D.C., 129-150.
- Fmi (2016), *Time for a supply side boost? Macroeconomic effects of labor and product market reforms in advanced economies*, in *World Economic Outlook 2016*, Imf, Washington D.C., 101-142.
- Fourcade M. et al. (2015), *The superiority of economists*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 29.
- Freeman R. (2008), *Labor market institutions around the world*, in *Lse Cep Discussion Paper*, n. 844, London.
- Heckman J.J. (2007), *Comments on «Are protective labor market institutions at the root of unemployment? A critical review of the evidence»*, in *Capitalism and Society*, n. 2(1), 1-5.
- Howell D.R. et al. (2007), *Are protective labor market institutions really at the root of unemployment? A critical perspective on the statistical evidence*, in *Capitalism and Society*, n. 2(1), 1-71.
- Howell D.R., Rehm M. (2009), *Unemployment compensation and high European unemployment: a reassessment with new benefit indicators*, in *Oxford Review of Economic Policy*, n. 25(1), 60-93.
- Ilo (2015), *World Employment and Social Outlook: The Changing Nature of Jobs*, Ilo, Geneva.
- Ilo, Imf, Oecd, World Bank (2015), *Income inequality and labour income share in G20 countries: Trends, Impacts and Causes*, Prepared for the G20 Labour and Employment Ministers Meeting and Joint Meeting with the G20 Finance Ministers, Ankara, Turkey, 3-4 settembre 2015.

- Jaumotte F., Osorio-Buitron C. (2015), *Inequality and Labor Market Institutions*, in *IMF Staff Discussion Note*, Imf, Washington D.C., n. 14.
- Lazear E. (1990), *Job Security Provisions and Employment*, in *Quarterly Journal of Economics*, n. 105, 699-726.
- Lingens J. (2003), *The impact of a unionised labor market in a Schumpeterian growth model*, in *Labour Economics*, n. 10, 91-104.
- Mortensen D.T. (2005), *Growth, Unemployment and Labor Market Policy*, in *The Journal of the European Economic Association*, vol. 3, 2-3, 236-258.
- Ocse (1994), *Oecd Jobs Study*, Oecd, Paris.
- Ocse (1999), *Employment protection and labour market performance*, in *Ocse Employment Outlook 1999*, Oecd, Paris.
- Ocse (2013), *Protecting jobs, enhancing flexibility: A new look at employment protection legislation*, in *Ocse Employment Outlook 2013*, Oecd, Paris.
- Ocse (2016), *Short-term labour market effects of structural reforms: pain before the gain?*, in *Oecd Employment Outlook 2016*, Oecd, Paris.
- Scarpetta S. (1996), *Assessing the Role of Labour Market Policies and Institutional Settings on Unemployment: A Cross-Country Study*, in *Oecd Economic Studies*, n. 26, 43-98.
- Siebert H. (1997), *Labor market rigidities: At the root of unemployment in Europe*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 11(3), 37-54.
- Stigler G.J. (1984), *Economics: The Imperial Science?*, in *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 86, n. 3, 301-313.
- Storm S., Naastepad C.W.M. (2012), *Macroeconomics Beyond the Nairu*, Harvard University Press. Cambridge (MA), e London.
- Van Noordan R. (2015), *Interdisciplinary research by the numbers*, in *Nature*, vol. 525, in <http://www.nature.com/news/interdisciplinary-research-by-the-numbers-1.18349>.
- Verger R., Kleinknecht A. (2012), *Do flexible labor markets indeed reduce unemployment? A robustness check*, in *Review of Social Economy*, n. 70, 451-467.
- World Bank (2013), *World Development Report 2013: Jobs*, World Bank Publications, Washington D.C.

ABSTRACT

Contro gli orientamenti di politica economica dell'ultimo ventennio, le evidenze empiriche presentate dalla letteratura prevalente e le stesse analisi delle principali istituzioni economiche internazionali non confermano la visione secondo cui le «riforme strutturali» tese alla deregolamentazione del mercato del lavoro favorirebbero la crescita dell'occupazione e più in generale lo sviluppo economico. Analisi empiriche recenti, piuttosto, sembrano indicare l'esistenza di una relazione statistica significativa tra deregolamentazione del lavoro, da un lato, e compressione delle quote salari e conseguente ampliamento delle disuguaglianze tra i redditi, dall'altro. Le «riforme strutturali» del lavoro, più che influire sulla crescita della produzione e dell'occupazione, sembrano avere un ruolo cruciale nell'indirizzare gli esiti del conflitto distributivo tra le classi sociali.

STRUCTURAL LABOUR MARKET REFORMS:
POLITICAL PROMISES AND EMPIRICAL EVIDENCE

In defiance of the economic policies of the last twenty years, the empirical evidence presented by the prevailing literature, as well as the analyses provided by the main international economic institutions, do not confirm the view that the «structural reforms» aimed at deregulation of the labour market would favour the growth of employment and, more generally, the economic development. Rather, recent empirical analyses seem to indicate the existence of a significant statistical relationship between labour market deregulation, on the one hand, and wage share reductions and the ensuing increases in income inequality, on the other. The «structural reforms» of labour, rather than influencing the growth of production and employment, seem to play a crucial role in directing the outcomes of the distributive conflict between social classes.

Andrea Lassandari (*)

RETRIBUZIONE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Una connessione centrale. — 2. Brevi cenni al recente passato: il ventennio tra i due secoli. — 2.1. L'Accordo del luglio 1993: incrementi salariali aleatori, al livello aziendale. — 2.2. L'Accordo del gennaio 2009 e l'implosione del sistema di contrattazione collettiva. — 3. L'intervento del legislatore: centralità del livello aziendale; debole difesa dell'assetto storico di rappresentanza. — 4. L'iniziativa delle confederazioni storiche nell'ultimo lustro: gli accordi sul modello contrattuale e la retribuzione. — 4.1. Confapi. — 4.2. Confcommercio (e Confesercenti). — 4.3. Cna, Confartigianato, Casa, Claii. — 4.4. Confindustria: il «patto della fabbrica». — 5. Le regole e le prassi: l'«equa retribuzione» da riconquistare.

1. — *Una connessione centrale* — Nella intera fase successiva all'approvazione costituzionale, il ruolo svolto dal sistema di contrattazione collettiva in materia retributiva è stato fondamentale, e anzi pressoché esclusivo in Italia. Infatti la giurisprudenza, individuando il concetto di retribuzione proporzionata e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, ha sempre costantemente rinviato al contratto collettivo nazionale di categoria (1); mentre altrettanto hanno fatto l'Esecutivo e il legislatore nel secolo scorso, attraverso differenziate modalità e tecniche, da alcuni lustri riconoscendo però al contratto aziendale un ruolo di primazia, nella struttura della contrattazione, come si dirà.

Solo attraverso la riflessione concernente il salario minimo legale (2) è stato in effetti molto recentemente messo in discussione il monopolio in oggetto.

Qualunque ragionamento sulla retribuzione non può pertanto prescindere, in particolare in Italia, da riferimenti al sistema di contrattazione collettiva.

Di seguito, saranno analizzate le clausole, introdotte da accordi «trilaterali» ovvero, più recentemente, interconfederali, volte a regolare il sistema di

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

(1) Vedi Centamore 2019, in questo stesso volume.

(2) Su cui vedi Ballestrero 2019, in questo stesso volume.

contrattazione collettiva e in questo ambito soprattutto la definizione dei salari. Verranno però considerate anche le tendenze in concreto emerse a prescindere dalle regole stabilite, vincolanti peraltro solo i principali sindacati e un numero sempre più ridotto di imprese, concernenti le retribuzioni.

2. — *Brevi cenni al recente passato: il ventennio tra i due secoli* — Non sembra improprio individuare nel 1989, data della «caduta del muro di Berlino», un momento decisivo di svolta per le dinamiche politiche, economiche e sociali coinvolgenti l'intero pianeta. Perché il crollo dei paesi – e del sistema politico – comunisti conduce rapidamente a una fortissima integrazione dei processi economici, poi correntemente definita «globalizzazione», la quale è consentita da provvedimenti normativi e viene più in generale promossa sotto l'egida dell'ideologia neoliberale, in breve tempo del tutto pervasiva.

Una volta realizzata, d'altra parte, sempre attraverso gli avvenimenti del 1989, l'unificazione tedesca, i paesi della Comunità economica europea sottoscrivono a Maastricht, nel febbraio 1992, il Trattato sull'Unione europea: qui si individuano (anche) i cd. «parametri» di convergenza economica tra gli Stati, imposti al fine di realizzare la successiva unione monetaria.

Il sistema di contrattazione collettiva e la connessa disciplina dei salari sono immediatamente influenzati da tali evoluzioni in Italia: nel luglio 1992, un Accordo «trilaterale» decreta in effetti la «cessazione del sistema di indicizzazione dei salari» (3). Con l'Accordo, anch'esso «trilaterale», del luglio 1993 vedrà subito dopo la luce il più organico sistema di clausole sulla contrattazione collettiva, nella fase repubblicana.

Questo resterà (criticato ma) indiscusso termine di riferimento fino al gennaio 2009, quando viene sottoscritto un altro Accordo destinato a sostituirlo. Senza tuttavia riuscire nell'intento, come sarà mostrato.

Ebbene, a partire dal luglio 1993 fino a oggi, sia pur con le modificazioni e varianti anche significative di seguito analizzate, la regolamentazione degli «assetti contrattuali» e della retribuzione assume caratteri costanti, nelle linee di fondo. Dal 2009 (almeno), tuttavia, la compattezza del sistema di contrattazione viene meno: in tal modo si dà notevole spazio a dinamiche che – considerati i rapporti di forza, divenuti molto sfavorevoli per i sindacati dei lavoratori, alla luce dei menzionati generali fenomeni caratterizzanti le economie (4) – sempre più hanno penalizzato i prestatori.

(3) Cfr. Grandi 1993 e Rusciano 1993. Vedi anche Trentin 2017, 263.

(4) Cfr.: Caruso 2002; Garofalo 1999; Lassandari 2005; Perulli 1999; Romagnoli 2003; Treu 2000.

2.1. — *L'Accordo del luglio 1993: incrementi salariali aleatori, al livello aziendale* — È ben noto che con l'Accordo del 3-23 luglio 1993 viene formalmente configurato un modello in cui sono compresenti «un contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria» e «un secondo livello di contrattazione, aziendale o alternativamente territoriale, laddove previsto, secondo l'attuale prassi nell'ambito di specifici settori».

In tale contesto, i rinnovi del contratto nazionale di categoria concernenti la «materia retributiva», stabiliti ogni due anni, sarebbero dovuti avvenire avendo a fondamentale riferimento la differenza tra inflazione programmata (iniziale indicatore) e reale. La prima, tuttavia, veniva ricostruita tenendo conto di molteplici aspetti, tra cui le «politiche concordate nelle sessioni di politica dei redditi e dell'occupazione» e «l'obiettivo mirato della salvaguardia del potere d'acquisto delle retribuzioni»; anche però le «tendenze generali dell'economia e del mercato del lavoro» nonché il «raffronto competitivo e degli andamenti specifici del settore». Mentre l'inflazione reale era valutata anche «alla luce delle eventuali variazioni delle ragioni di scambio del paese nonché dell'andamento delle retribuzioni» (5).

A proposito invece della contrattazione aziendale, una volta stabilito che questa «riguarda materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi propri del Ccnl», si introduceva la previsione, rimasta poi nel tempo in definitiva intonsa, secondo cui «le erogazioni del livello di contrattazione aziendale sono strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità e altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano» (6).

Questo sistema di regole aveva elementi di ambiguità, i quali hanno, ad esempio, condotto a continue tensioni e incertezze, per quel che concerne i previsti rinnovi del contratto nazionale di categoria, alla luce innanzitutto della eterogeneità dei fattori individuati per stabilire gli incrementi. Su alcuni profili ha visto inoltre per non breve tempo applicazioni parziali o vere e proprie elusioni (anche mascherate da dichiarazioni di conformità): co-

(5) Cfr.: Alleva 1993; D'Antona 1993; Ghezzi 1994; Giugni 1993; Ricci 1993; Roccella 1993; Treu 1993. Vedi, in seguito, Bellardi 1999 e Lassandari 2009. Cfr. anche Trentin 2017, 339.

(6) Si aggiungeva, tuttavia: «compresi i margini di produttività, che potrà essere impegnata per accordo tra le parti, eccedente quella eventualmente già utilizzata per riconoscere gli aumenti retributivi a livello di Ccnl, nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa». Formula da cui emergeva come anche il salario nazionale potesse essere correlato agli incrementi di produttività, in connessione ora agli interi settori economici coinvolti.

sì, soprattutto nel secolo scorso, proprio per quel che riguarda lo stretto raccordo tra incrementi salariali al livello aziendale e «risultati» connessi a «produttività [...] qualità e [...] competitività» nelle imprese (7).

Credo risulti tuttavia incontestato il ruolo assai rilevante assunto dall'accordo, per la realizzazione degli adeguamenti imposti dai cd. «parametri» di Maastricht.

Ebbene, secondo più commentatori ciò sarebbe avvenuto grazie alla (responsabile) accettazione, da parte delle principali organizzazioni sindacali dei lavoratori, di un disegno di «moderazione salariale» (8), sia pure all'interno di una programmata «politica dei redditi e dell'occupazione» di cui l'Esecutivo si era fatto garante.

È sufficiente, in effetti, osservare come i parametri individuati per determinare la retribuzione al livello nazionale di categoria, pur non escludendo formalmente la possibilità di incrementi oltre l'inflazione (9), realizzassero soprattutto una composizione tra «salvaguardia del potere d'acquisto» e «tendenze generali dell'economia e del mercato del lavoro» (per lunghi intervalli non favorevoli). A ciò conseguendo che gli aumenti salariali previsti dai contratti nazionali sovente non hanno raggiunto le percentuali di «inflazione effettiva» e molto raramente le hanno oltrepassate.

Mentre le principali (di fatto esclusive) voci retributive da cui – sempre secondo le previsioni – potevano derivare incrementi reali, stabilite al livello aziendale, erano per definizione aleatorie (10) e comunque ovviamente condizionate dalla presenza del contratto collettivo nelle imprese (diffusa solo in parte del paese).

Cosicché appare corretto concludere che nel sistema di clausole dell'Accordo del luglio 1993 solo un numero tutto sommato ristretto di lavoratori finiva con il godere di migliori retribuzioni, assistendosi per gli altri invece a uno stallo o a una diminuzione (11).

Nello stesso tempo, la logica sottostante il disegno dell'accordo faceva

(7) Cfr. Lassandari 2009, 308 ss. Cfr., più recentemente, Tomassetti 2017, 222.

(8) Cfr. Alleva 1993, 247, e Roccella 1993, 268. Vedi anche Mariucci 281.

(9) Vedi nota 6.

(10) Con il trascorrere del tempo, si riducono peraltro sempre più i casi in cui i contratti collettivi aziendali stabiliscono incrementi retributivi, a prescindere dal raggiungimento di obiettivi prestabiliti: vedi anche le note 5 e 50, quanto alla legislazione sugli sgravi fiscali volta a diffondere tali clausole collettive.

(11) Il rilievo sembra rimanere corretto, anche considerando gli incrementi riconosciuti dal datore *ad personam*, all'esterno delle previsioni dei contratti collettivi: vedi, su questi, Gragnoli 2012, 15 ss. Cfr. i dati riportati da Migale, Cicala 2014, 77, nonché i più generali rilievi in Giasanti 2017, 292.

sì che, data appunto la stretta connessione con i parametri di produttività, i salari crescessero solo se e quando ciò avveniva (plausibilmente ancor di più) anche per i profitti. Ciò incrementando evidentemente le disegualianze dei redditi. Ponendo inoltre nell'oblio, dove è ancora confinato, il dato storico per cui il contratto collettivo sarebbe sorto proprio per redistribuire questi ultimi, a vantaggio delle retribuzioni.

Tutto ciò mentre – va ricordato – la produttività dell'insieme delle imprese nazionali si è progressivamente e sempre più chiaramente ridotta: dato, questo, analizzato in modo anche molto differente ma inoppugnabile (12).

2.2. — *L'Accordo del gennaio 2009 e l'implosione del sistema di contrattazione collettiva* — L'«Accordo quadro» di «riforma degli assetti contrattuali» del 22 gennaio 2009 inserisce alcune novità rilevanti all'interno di un contesto di regole in continuità con il passato.

Si conferma così la configurazione strutturale su due livelli, precisando però ora come la durata dei contratti sia di tre anni («tanto per la parte economica che normativa»), così come il fatto che il contratto nazionale abbia «la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori del settore».

In relazione alla «dinamica degli effetti economici» concernente sempre il livello nazionale di contrattazione, fermo il raffronto successivo con l'inflazione reale, viene quindi fatto riferimento a «un nuovo indice previsionale costruito sulla base dell'Ipca (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia)», depurato tuttavia (anche in sede di verifica dell'inflazione reale successiva) dalla «dinamica dei prezzi dei beni energetici importati».

Per il secondo livello di contrattazione – stabilito che questo operi «per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale o dalla legge»; che debba inoltre riguardare «materie e istituti che non siano già stati regolati in altri livelli di contrattazione» –, le parti, d'altra parte, ribadiscono il collegamento tra «incentivi economici» e «obiettivi di produttività, redditività, qualità, efficienza, efficacia e altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività nonché ai risultati legati all'andamento economico delle imprese, concordati tra le parti».

Seguono, nel contempo, previsioni volte a realizzare la «diffusione della contrattazione di secondo livello», attraverso «apposite modalità e condizioni» nelle Pmi e «l'adozione [...] di elementi economici di garanzia o for-

(12) Cfr., in materia, Costabile 2009. Vedi, da ultimo, Martone 2018, 16.

me analoghe, nella misura e alle condizioni concordate nei contratti nazionali». Soprattutto viene esplicitamente permesso per la prima volta in questa sede di modificare «in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di categoria», secondo «specifiche intese» chiamate a «definire aposite procedure, modalità e condizioni»; ciò si è stabilito al fine di «governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico e occupazionale» (13).

Il trattamento retributivo previsto dal contratto nazionale è pertanto ora assai più strettamente legato alla inflazione di quanto già non fosse stabilito: e neanche a tutta, considerata appunto l'esclusione della «dinamica dei prezzi dei beni energetici importati» (14). Mentre il contratto collettivo aziendale (in particolare) risulta ulteriormente valorizzato, anche se non si interviene in modo adeguato (sicuramente con il senno di poi) sul nodo centrale della diffusione della contrattazione di secondo livello (15).

A rendere molto importante l'Accordo del gennaio 2009 è però la sostanziale deflagrazione del sistema di contrattazione collettiva che il medesimo produce (o forse formalizza): «*big bang*» cui sono seguiti processi di progressiva frammentazione tuttora in corso.

In effetti, la mancata sottoscrizione di questo (nonché dei successivi accordi interconfederali applicativi) da parte del principale sindacato dei lavoratori, la Cgil – accompagnata tuttavia dalla firma della grandissima parte dei contratti collettivi nazionali di categoria successivi, a opera delle federazioni a essa aderenti (sia pure con alcune importanti eccezioni) –, fa sì che queste nuove regole non vengano quasi mai applicate *in toto*. I rinnovi «unitari» dei contratti nazionali infatti avvengono senza alcun esplicito riferimento alle previsioni degli Accordi di luglio 1993 o gennaio 2009; soprattutto secondo equilibri nonché con soluzioni peculiari e distinte, anche originali rispetto a quanto sempre previsto da entrambi gli accordi. Ciò facendo pertanto venire meno qualunque disposizione ordinatrice di carattere generale.

Di lì a breve, d'altra parte, emergerà la vicenda Fiat, che individua il

(13) Cfr.: Carinci 2009; Magnani 2009; Napoli 2009; Pessi 2009; Ricci 2009.

(14) La tendenza emerge in tutta la sua chiarezza quando Federmeccanica, in occasione del più recente rinnovo (che poi sarà unitario) del contratto nazionale di categoria, in una fase storica di incremento ridottissimo dell'inflazione se non di deflazione, ha posto la questione della «restituzione» di somme (ritenute indebitamente) già versate ai lavoratori.

(15) Le parti sembrano in materia piuttosto contare su misure pubbliche di incentivazione.

momento probabilmente più forte di delegittimazione del contratto nazionale di categoria (16).

Mentre l'attenzione privilegiata al secondo livello di contrattazione trova ulteriore conferma nell'Accordo (ora sottoscritto anche dalla Cgil) del 28 giugno 2011, che riconosce a esso rilevanti possibilità di modifica *in peius* della regolamentazione contrattuale nazionale (17). Ancora nell'Accordo del 21 novembre 2012 (di nuovo non firmato dalla Cgil), ove viene formalmente sancita la possibilità, per i «contratti collettivi nazionali», di «definire che una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi a incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello» (18).

Il contratto nazionale di categoria è pertanto in tal modo lasciato a se stesso (in carenza appunto di prescrizioni generali condivise e applicate); fortemente insidiato – stando almeno alle norme (19) e alle clausole collettive – dal contratto aziendale; ancora e soprattutto però notevolmente indebolito, nella capacità regolativa, dalle sempre più evidenti difficoltà mostrate dai tradizionali protagonisti nel sistema di relazioni industriali nazionale.

Infatti, questi ultimi subiscono nel nuovo secolo una consistente emorragia di iscritti; vedono inoltre sorgere distinti soggetti operanti in concorrenza, la cui rappresentatività (e talora anche autenticità) (20) suscita peraltro in più occasioni dubbi. Da ciò anche derivando un notevolissimo e crescente incremento dei contratti collettivi nazionali di categoria: questi erano circa quattrocento nel 2009 (quando le parti stipulanti l'Accordo di gennaio si impegnavano a ridurne il numero); risultano circa settecento nel 2015 (21); giungono a quasi novecento nel momento in cui si scrivono queste righe.

Il fenomeno induce a ritenere che – al di là degli auspici, delle previsioni e degli indirizzi: tutti volti per lungo tempo a esaltare il ruolo del contratto aziendale – la via autonomamente prescelta da parte significativa degli imprenditori italiani sia stata altra: questi hanno, a quel che pare, spesso ritenuto utile mantenere ferma l'applicazione di un contratto collettivo

(16) Vedi, su questo, i contributi in Carinci (a cura di) 2011.

(17) Cfr.: Alleva 2012; Carinci 2011; Del Punta 2012; Ferrante 2011; Lassandari 2012; Mariucci 2011; Persiani 2011; Scarpelli 2011.

(18) Cfr. Lassandari 2013, 253.

(19) Su queste, vedi *infra*, il paragrafo successivo.

(20) Cfr. Santoro Passarelli 2010, 494.

(21) Cfr. Gottardi 2016, 881 ss.

(per la difficoltà di elaborare un proprio regolamento interno; per il sostegno che la giurisprudenza e, sia pur da ultimo con maggiori incertezze, l'Esecutivo e il legislatore continuano a dare a tale opzione...). Si sono però guardati bene nel contempo dal sottoscrivere un accordo aziendale (scelta che avrebbe legittimato un interlocutore collettivo nel luogo di lavoro; ipotesi evidentemente tuttora a molti non gradita). Accettando, piuttosto, o ricercando nuove aggregazioni di interessi, espresse appunto da organizzazioni neocostituite, con l'obiettivo di applicare alternativi e più convenienti sistemi di regole di (dichiarata) dimensione nazionale, anche per ciò che evidentemente concerne la retribuzione.

Appare ben comprensibile che la crisi del sistema di contrattazione collettiva e l'indebolimento, sotto i diversi molteplici profili evidenziati, del contratto nazionale di categoria producano una diffusa, generalizzata riduzione della «retribuzione certa» da questo distribuita.

3. — *L'intervento del legislatore: centralità del livello aziendale; debole difesa dell'assetto storico di rappresentanza* — L'Esecutivo e il legislatore nel nuovo secolo intervengono sul sistema di contrattazione fondamentale in due direzioni: non sono identici gli elementi ispiratori delle differenti «riforme» seguite una all'altra, ma tali aspetti grosso modo appaiono costanti.

Per un verso, dunque, come già indicato, il livello di contrattazione collettiva valorizzato è quello aziendale, in vece del nazionale di categoria. Senza poter riprendere un dibattito estremamente vasto, ci si limita qui a ricordare la centralità, anche sistemica, che l'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 148, ha permanentemente attribuito (e continua a riconoscere), anche come noto nei confronti della legge, al contratto aziendale nonché territoriale, denominato «di prossimità» (22). Viene inoltre fatto riferimento al distinto modello (fatto però convivere con l'art. 8) stabilito dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2018, secondo cui i diversi livelli contrattuali sono equiparati e posti sullo stesso piano (23).

Si tratta di un indirizzo molto chiaro, diffuso anche in ambito comparato e già sostenuto dalle politiche dell'Unione europea (24); per quanto,

(22) Cfr., in materia: Del Punta 2011; Mariucci 2011; Perulli, Speciale 2011; Scarpelli 2011.

(23) Cfr. Alvino 2018 e Mainardi 2017. Vedi anche i contributi in Lassandari *et al.* (a cura di) 2017.

(24) Cfr. Guarriello 2017 e Treu 2019, 25. Vedi però, da ultimo, i documenti citati alla nota 43.

come si diceva, non accolto come tale innanzitutto dagli operatori economici nazionali.

A fronte invece del proliferare di soggetti sindacali e contratti collettivi nazionali di categoria, il legislatore prova a realizzare una selezione ricorrendo, fin dalla metà degli anni novanta, al concetto di «sindacato comparativamente più rappresentativo nella categoria»: nozione utilizzata in più occasioni e ambiti, a sua volta oggetto di amplissimo dibattito in dottrina (25).

Si esprimono tuttavia dubbi sul fatto che la medesima – il cui utilizzo, superato il vaglio di legittimità costituzionale (26), è oggi promosso quale generale soluzione rispetto ai problemi evidenziati dal sistema di contrattazione collettiva (27) – riesca a operare efficacemente, come anche la giurisprudenza sta non occasionalmente mostrando (28).

Basti solo rammentare, nei limiti ristretti qui imposti, che risulta innanzitutto oscuro come si determini la «categoria» nel cui ambito realizzare la comparazione; anche però secondo quali parametri effettuare quest'ultima.

La maggiore rappresentatività comparativa deve essere peraltro verificata anche per le organizzazioni di rappresentanza dei datori di lavoro: in tal caso però, a fronte del mezzo secolo di riflessione del (e sul) sindacato dei lavoratori, il dibattito non è praticamente neanche cominciato (pur a fronte di riferimenti presenti in sede comparata e individuati in dottrina) (29).

4. — *L'iniziativa delle confederazioni storiche nell'ultimo lustro: gli accordi sul modello contrattuale e la retribuzione* — Nella situazione di indubbia grande difficoltà già descritta, le principali organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori hanno stabilito negli anni più recenti nuove regole sulla rappresentanza e la contrattazione.

(25) Cfr., più recentemente: Bavaro 2015; Gottardi 2016, 889 ss.; Martelloni, 2014; Romagnoli 2014.

(26) Vedi Barbieri 2015 e Orlandini 2018.

(27) Cfr. Pascucci 2018, 48.

(28) Vedi Centamore 2019, in questo stesso volume.

(29) Cfr.: Bellardi 2016; Forlivesi 2018; Lassandari 2017; Magnani 2018; Marazza 2018; Papa 2017; Vitaletti 2017. Si tratta di problemi tanto complessi quanto delicati, per la soluzione dei quali, da ultimo, sono stati non a caso presentati, in chiara rottura con la tradizione nazionale, più disegni di legge. A partire dalle specifiche previsioni contenute nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil. Cfr. *Rivista giuridica del lavoro* (a cura di) 2016. Vedi anche: Ciucciavino 2018; Leccese 2012; *Id.* 2017; Zoppoli 2014.

Va così innanzitutto menzionato il «Testo Unico sulla rappresentanza» del 10 gennaio 2014 (30), originariamente sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria, poi esteso, attraverso successive adesioni oppure stipulazione di accordi autonomi ma simili, a molteplici ulteriori organizzazioni di rappresentanza sia dei datori che dei prestatori. Anche se non può certo essere accantonato il problema, in verità macroscopico, derivante dal fatto che a oggi si sia ancora ben lontani dall'attuazione della parte probabilmente più importante e innovativa dell'accordo, volta ad accertare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei prestatori.

A partire dal luglio 2016, d'altra parte, Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto alcuni importanti accordi proprio sugli «asseti contrattuali» (31). Questi però sono stati raggiunti con diverse controparti datoriali, dando pertanto origine a distinti modelli. In ciò apparendo eclatante la differenza con quanto accaduto nell'ormai lontanissimo 1993, quando un solo accordo unì pressappoco tutti i principali soggetti operanti nel sistema di relazioni industriali (32).

Di seguito, si proverà a evidenziare in termini sintetici gli elementi peculiari emergenti, per quel che concerne in particolare la disciplina delle retribuzioni.

4.1. — *Confapi* — L'Accordo Confapi del 26 luglio 2016 sul sistema di contrattazione collettiva (33) concerne molteplici oggetti e istituti. In relazione ai profili qui rilevanti, le parti – riconosciutesi «reciprocamente come soggetti rappresentativi sul piano nazionale» – individuano comunque secondo tradizione «due livelli». Nel testo si precisa però nel contempo come la contrattazione di secondo livello sia «esercitabile nelle diverse articolazioni – tra di esse alternative – aziendali, di gruppo, di sito, territoriali, di

(30) Cfr.: Barbieri 2014; Del Punta 2014; Di Stasi 2014; Ferraro 2014; Liso 2014; Scarpelli 2014.

(31) Si segnala che, oltre agli accordi di seguito descritti, in data 12 dicembre 2018 Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto con Agci, Confcooperative e Legacoop l'Accordo interconfederale sulle linee guida per la riforma delle relazioni industriali. Di questo testo non si è tenuto conto nell'articolo: viene però segnalato che nell'occasione non ci si discosta dalle tendenze generali precisate nel paragrafo finale, che è sembrato corretto individuare.

(32) Tra i soggetti sindacali più importanti che non sottoscrissero l'accordo va menzionato l'Abi.

(33) In questa data, Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto con Confapi due Accordi: il primo in materia di rappresentanza, seguendosi al riguardo il modello del Testo Unico del gennaio 2014; il secondo, invece, appunto – di cui fa «parte integrante» l'altro – sul sistema di contrattazione collettiva.

filiera e di distretto industriale, di rete». In tal modo venendo quindi legittimata una serie variegata di forme, compreso l'accordo territoriale (34).

Sulle «cadenze dei livelli di contrattazione» si dispone ancora che «potrà essere riconsiderato il periodo della vigenza contrattuale anche nella direzione di una durata quadriennale». Mentre la «contrattazione di secondo livello si collocherà, di norma, a metà del periodo di vigenza dei contratti nazionali».

Nell'accordo è quindi sottolineato il ruolo centrale svolto dal «contratto collettivo nazionale» (35): a esso si attribuisce anche «il compito di favorire una tutela e una crescita complessiva dei salari in relazione all'esigenza di rilancio dei consumi come fattore di rilancio dell'economia e di miglioramento delle condizioni sociali del paese». Sempre il contratto collettivo nazionale viene ancora d'altra parte individuato come promotore dello «sviluppo delle forme di *welfare* – non sostitutive ma integrative e/o complementari rispetto a quelle offerte dal sistema pubblico – che vanno garantite a tutti i lavoratori, con particolare riferimento alla previdenza complementare e alla sanità integrativa» (36).

A proposito comunque della «determinazione del salario nazionale», si rinvia a «opportuni criteri guida e indicatori, che tengano conto: a) delle dinamiche macroeconomiche, non solo riferite all'inflazione, in particolare per quanto riguarda il valore reale dei minimi salariali [...]; b) degli indicatori di crescita economica e degli andamenti settoriali, anche attraverso misure variabili, le cui modalità di erogazione e di consolidamento nell'ambito della vigenza contrattuale saranno definiti dagli specifici Ccnl di categoria, anche in relazione allo sviluppo del secondo livello di contrattazione». In tal modo non sembrando quindi preclusa la possibilità di stabilire incrementi che vadano oltre l'inflazione.

(34) Non solo «laddove previsto, secondo l'attuale prassi, nell'ambito di specifici settori». Così l'Accordo del 3-23 luglio 1993. Anche però l'Accordo del 9 marzo 2018, su cui vedi *infra*, il paragrafo 4.4.

(35) Questo è definito nel testo: «fonte primaria di regolamentazione del rapporto di lavoro»; inoltre, sede di individuazione delle «materie di competenza del secondo livello di contrattazione in una logica di non sovrapposizione di titolarità contrattuale».

(36) Nel testo, ampio spazio viene riconosciuto alla «bilateralità»: rispetto alla quale sono individuate prospettive di riforma, quanto alla amministrazione degli enti. Gli ambiti di attività individuati del «sistema bilaterale» sono: previdenza complementare; formazione permanente e continua (con riferimenti al riguardo anche ai fondi interprofessionali); assistenza sanitaria integrativa; *welfare* contrattuale, sostegno al reddito, promozione dell'apprendistato, analisi e sviluppo della contrattazione; salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Per quel che riguarda invece il secondo livello di contrattazione l'enfasi è sulla promozione e lo sviluppo. Si menziona, inoltre, «un trasferimento regolato di competenze dal primo al secondo livello di contrattazione, con l'obiettivo di realizzare il miglioramento delle condizioni di lavoro con la crescita della produttività, competitività, efficienza, innovazione organizzativa, qualità, *welfare* contrattuale, conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (evocandosi allo scopo «l'utilizzo del beneficio delle agevolazioni fiscali e contributive previste dalla legge»). Con definizione però sempre da parte del contratto nazionale di «linee guida e di orientamento da adottare in riferimento alle caratteristiche degli specifici contesti aziendali e territoriali».

Viene nel contempo stabilita la possibilità per i «contratti collettivi aziendali» – secondo disposizioni identiche a quelle già contenute nell'Accordo del giugno 2011, poi confluite nel Testo Unico del gennaio 2014 – di prevedere «discipline peggiorative» per i prestatori, rispetto alle clausole del contratto nazionale.

4.2. — *Confcommercio (e Confesercenti)* — Nella disciplina del sistema di contrattazione collettiva risultante dagli Accordi del 24 novembre 2016 e 7 settembre 2017, sottoscritti rispettivamente con Confcommercio e Confesercenti, si dichiara (e anzi conferma) innanzitutto la «disponibilità a individuare idonei indicatori» di rappresentatività «anche per la parte datoriale» (37).

Viene quindi fatto riferimento a «un modello articolato su due livelli», il secondo risultando «aziendale o territoriale»; con la precisazione che «gli accordi territoriali non trovano applicazione nei confronti delle aziende che abbiano già sottoscritto un accordo aziendale, anche se questo riguardi temi differenti rispetto a quello territoriale».

(37) Si ricorda che risale al 27 novembre 2015 un primo Accordo sulla «rappresentanza per la sottoscrizione dei contratti collettivi», firmato tra Cgil, Cisl, Uil e Confcommercio. Qui emerge la rilevante novità, per il sistema di relazioni industriali italiano, rappresentata dal cenno rivolto alla necessità «di determinare criteri di misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro e delle categorie aderenti». A questo segue l'Accordo, sempre con Confcommercio, sul sistema di contrattazione collettiva, sottoscritto appunto il 24 novembre 2016. Il 7 settembre 2017 anche Confesercenti ha quindi firmato con Cgil, Cisl e Uil due Accordi, rispettivamente sulle verifiche di rappresentatività nonché sulle «relazioni sindacali» e sul «modello contrattuale», di contenuto molto vicino alle intese raggiunte con Confcommercio. Le due principali organizzazioni storiche operanti nel settore terziario in tal modo convergono – sia pure «in ordine sparso» – su di un omogeneo assetto di regole.

Sono comunque esplicitamente riconosciuti il «valore e la centralità» del «contratto collettivo nazionale di lavoro» (38), che si stabilisce abbia senz'altro «durata quadriennale». Di cui è anche sottolineata l'«importanza fondamentale [...] per l'efficace e funzionale gestione di strumenti di *welfare* contrattuale» (esclusivamente valorizzato – dopo aver ritualmente precisato la funzione centrale svolta dal «*welfare* pubblico» – in connessione alla «previdenza e assistenza sanitaria complementari»; considerato anche «il vantaggio derivante da rilevanti masse critiche») (39).

A proposito degli incrementi retributivi, si considerano le «dinamiche macroeconomiche» nonché gli «andamenti del settore e dei tradizionali indici dei prezzi al consumo, all'interno dell'equilibrio negoziale complessivo risultante dal rinnovo contrattuale»: pertanto di nuovo con proiezione virtuale anche oltre l'inflazione. Viene inoltre attribuito a ciascun contratto nazionale il compito di individuare «elementi oggettivi e condivisi per la valutazione e la verifica, all'interno della vigenza, degli aumenti retributivi definiti, in relazione alle variabili economiche e sociali dei singoli contesti settoriali».

In sede decentrata, i «riconoscimenti economici», secondo tradizione, trovano invece fondamento in «reali incrementi di competitività d'impresa, per cui occorre collegare premi variabili a indicatori di produttività» (40).

Sempre il Ccnl, tuttavia, «è anche sede per concordare previsioni in materia di flessibilità e produttività immediatamente esigibili per le aziende». Mentre lo stesso è chiamato a definire «l'ambito di operatività della contrattazione aziendale o territoriale, anche nella direzione di modificabilità delle disposizioni adottate dal Ccnl stesso, per specifiche soluzioni sul mercato del lavoro, sullo svolgimento dei rapporti di lavoro e sull'organizzazio-

(38) A esso vengono attribuiti: la «funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici minimi per tutti i lavoratori»; un «aggiornamento di istituti contrattuali in modo coerente con le variazioni dei bisogni legati all'evoluzione dell'innovazione tecnologica e di mercato»; l'offerta di «opportunità di costruire modelli di regolazione aziendale specifici per ciascuna impresa»; la realizzazione di una «leale concorrenza tra le imprese»; «il sostegno all'occupazione e a positive condizioni di lavoro».

(39) Attenzione viene anche in tal caso conseguentemente rivolta alla «bilateralità», quanto soprattutto alla «importanza di una riforma della *governance*».

(40) Anche se «le parti», nella parte iniziale dell'accordo, sottolineano come «in materia di competitività e crescita incidano, oltre alla produttività del lavoro, altri rilevanti elementi quali i costi dell'energia e idonee infrastrutture, al pari di rilevanti ambiti di intervento quali la semplificazione della burocrazia, la garanzia di legalità, la certezza del diritto e adeguati livelli di istruzione e formazione». Si invitano quindi Governo e Parlamento a intervenire «su questi elementi».

ne del lavoro, finalizzate alla produttività della singola impresa, evitando che possa realizzarsi una sovrapposizione di costi».

Al Ccnl spetta infine consentire di «adottare specifiche previsioni, attraverso intese aziendali o territoriali per crisi, sviluppo, sostegno all'occupazione e aree del Mezzogiorno», con «effetti derogatori e/o sospensivi in via sperimentale di istituti del Ccnl, compresi quelli a contenuto economico come definiti nei singoli Ccnl».

4.3. — *Cna, Confartigianato, Casa, Claii* — Gli Accordi del 23 novembre 2016, sempre sulle verifiche di rappresentatività dei sindacati dei lavoratori nonché sulla struttura della contrattazione, stipulati tra Cgil, Cisl, Uil e Confartigianato imprese, Cna, Casartigiani, Claii, individuano un modello del tutto distinto. Si tratta peraltro dell'unica vicenda, tra quelle analizzate (41), che ha visto coinvolte più organizzazioni datoriali, sia pure tutte operanti nel settore artigiano.

Peculiarità emergono già per quel che concerne gli indicatori di rappresentatività dei sindacati dei prestatori, posto che il disegno del «Testo Unico» del gennaio 2014 viene integrato con riferimento a un ulteriore parametro (accanto a quelli associativo ed elettorale), concernente il «complessivo sistema della bilateralità nazionale e regionale» (42). Questo segnala il forte consolidamento di tale sistema nel settore (43).

A proposito degli «assetti contrattuali» vengono individuati due livelli (denominati «nazionale» e «secondo livello»), rispettivamente distinti al proprio interno in «interconfederale» e «categoriale» nonché in «interconfederale regionale» e «categoriale». Il raccordo tra di essi – «competenti» esclusivamente sulle materie indicate in modo abbastanza puntuale

(41) Vedi infatti, da ultimo, l'Accordo del 12 dicembre 2018, sottoscritto tra Cgil, Cisl, Uil e Agci, Confcooperative e Legacoop. Cfr. la nota 28.

(42) Nessun cenno invece nell'accordo viene rivolto a possibili verifiche di rappresentatività delle organizzazioni dei datori.

(43) Cfr. Nogler (a cura di) 2014. Rilevante al riguardo la precisazione per cui «la mancata applicazione delle tutele della bilateralità costituisce un grave inadempimento contrattuale e un inaccettabile fenomeno di *dumping* contrattuale e di concorrenza sleale e ciò a prescindere dal fatto che il datore di lavoro sia associato o meno ad alcuna delle organizzazioni stipulanti il Ccnl o il Ccrl». Nel contempo si puntualizza come il «sistema bilaterale già esistente» concerne «salute e sicurezza del lavoro, ammortizzatori sociali, formazione continua, sanità integrativa, *welfare* integrativo»: non invece la previdenza complementare, «coperta solo nominalmente, nonostante la sua importanza», perché solo «poche migliaia di lavoratori sono [...] iscritti al fondo di riferimento». Su questo costituendosi un «tavolo di confronto [...] al fine di definire soluzioni adeguate nei tempi e nei contenuti».

e dotati di «pari cogenza» – è stabilito d'altra parte avvenga attraverso il «principio di inscindibilità»: con la conseguenza che «l'applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro comporta l'obbligo, per il datore di lavoro, di applicare anche il contratto collettivo di lavoro di secondo livello, ove questo sia stato tra le parti definito».

Gli accordi interconfederali, sia nazionale che regionale, hanno «durata illimitata». Con riferimento al tema ora investigato, il livello nazionale «ha titolarità contrattuale per le materie relative [...] alla struttura contrattuale e alla struttura retributiva»; mentre al livello interconfederale regionale si attribuisce il «compito» di «promuovere la realizzazione della contrattazione collettiva di secondo livello per la propria regione».

I Ccnl e Ccrl, invece, hanno rispettivamente «durata quadriennale» nonché «correlata alla durata dei Ccnl», «di norma» i secondi decorrendo «a metà della durata stessa dei Ccnl». In particolare «i livelli di categoria concorrono, nel loro insieme, a garantire al lavoratore una equa retribuzione».

Spetta ai Ccnl «definire i trattamenti retributivi minimi di riferimento per tutti i lavoratori del settore». Ciò deve avvenire «sulla base di opportuni criteri guida e indicatori». Mentre i medesimi sono chiamati a individuare «opportuni strumenti e sedi di verifica e di monitoraggio al fine di poter disporre [...] di elementi oggettivi e condivisi di valutazione rispetto all'andamento delle retribuzioni».

Al livello regionale, invece, il contratto collettivo, sottoscritto dalle organizzazioni regionali di categoria, «può regolare modificando, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di lavoro». Al Ccrl viene nel contempo attribuito «il compito di individuare parametri congiuntamente concordati [...] cui legare specifici elementi retributivi di produttività del lavoro anche in applicazione della normativa di legge sulla detassazione e decontribuzione».

Molto significativa risulta ancora la puntualizzazione secondo cui sempre «in sede regionale – fermo restando il principio di un solo livello di contrattazione oltre al livello nazionale – è possibile determinare eventuali diverse articolazioni e modalità di svolgimento della contrattazione, anche aziendali, diverse da quella regionale di categoria».

Infine, le parti, facendo seguito a una già avviata «efficace azione di razionalizzazione della contrattazione collettiva», dichiarano l'intenzione di «procedere a ulteriori accorpamenti per pervenire alle seguenti quattro macro aree: manifatturiero, servizi, edilizia, autotrasporto».

4.4. — *Confindustria: il «patto della fabbrica»* — Il più atteso degli accordi è però sopraggiunto solo un anno addietro: ci si riferisce a quello sottoscritto sempre da Cgil, Cisl, Uil con Confindustria il 9 marzo 2018. Qui sono individuati «Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva»: il testo, ove per la verità gli «indirizzi» sembrano prevalere sui «contenuti», è divenuto subito noto come «patto della fabbrica».

Risulta comunque innanzitutto molto rilevante il fatto che Confindustria, in ciò convergendo con quanto pure formalizzato negli Accordi sottoscritti da Confcommercio e Confesercenti, appaia determinata a realizzare la «misurazione della rappresentanza anche di parte datoriale» (44).

A proposito invece degli «assetti e contenuti della contrattazione collettiva», l'intenzione di individuare un «modello» non rigido, ove si tenga conto «delle differenti peculiarità che connotano i settori, i territori e le aziende», emerge già dal riferimento alla «*governance adattabile*». Su questo presupposto vengono pertanto definite «linee di indirizzo generale entro le quali la contrattazione collettiva, ai suoi differenti livelli, dovrà svolgersi».

Secondo queste ultime, in piena continuità con la tradizione, «la contrattazione collettiva continuerà ad articolarsi su due livelli, nazionale e aziendale, ovvero territoriale laddove esistente secondo le prassi in essere, e dovrà garantire, per ciascuno dei due livelli, specifiche caratteristiche e funzioni».

Quindi sono conferite alla medesima – «nel quadro delle riforme finalizzate alla competitività delle imprese e alla crescita della produttività» – le distinte funzioni di «determinare le condizioni per migliorare il valore reale dei trattamenti economici e nel contempo favorire la crescita del valore aggiunto e dei risultati aziendali nonché la valorizzazione dei contenuti professionali e delle competenze tecniche e organizzative che il lavoro delle persone può esprimere».

L'accordo si sofferma però soprattutto sul ruolo del contratto nazionale di categoria. A esso si riconosce la «principale funzione di fonte di regolazione dei rapporti di lavoro e di garante dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore, ovunque impiegati nel territorio nazionale»; anche però il ruolo «di regolatore delle [...] principali iniziative di bilateralità in coerenza con le linee di indirizzo definite negli ac-

(44) Cfr. Bordogna 2019 e Liso 2018. Si segnala anche il fatto che l'organizzazione datoriale, modificando precedenti atteggiamenti di disinteresse se non ostilità, abbia accettato di rivolgere attenzione, sia pure in termini piuttosto generici, al tema della «partecipazione».

cordi interconfederali». A questi ultimi sempre rinviandosi, nell'obiettivo di «creare le condizioni per un miglior coordinamento delle iniziative» in materia di «*welfare* contrattuale» (45).

Pure a proposito dello sviluppo del secondo livello di contrattazione si attribuisce, d'altra parte, al Ccnl il compito di promuovere prassi virtuose, «orientando le intese aziendali [...] ovvero quelle territoriali (laddove esistenti, secondo le prassi in essere), verso il riconoscimento di trattamenti economici strettamente legati» ai consueti parametri «di crescita della produttività aziendale, di qualità, di efficienza, di redditività, di innovazione, valorizzando i processi di digitalizzazione e favorendo forme e modalità di partecipazione delle lavoratrici e dei lavoratori».

Infine, viene dedicata attenzione alla disciplina della retribuzione del contratto nazionale, precisando che questo dovrà «individuare il trattamento economico complessivo [di seguito, Tec] e il trattamento economico minimo [di seguito, Tem]». Ebbene, il Tem individua «i minimi tabellari», la cui «variazione dei valori» è previsto in generale avvenga «in funzione degli scostamenti registrati nel tempo dall'indice dei prezzi al consumo armonizzato per i paesi membri della Comunità europea» (il cd. Ipca, già noto grazie all'Accordo del gennaio 2009). Anche se assumono al riguardo rilievo anche «le regole condivise, per norma o prassi, nei singoli Ccnl»; mentre si dispone altresì che «il contratto collettivo nazionale di categoria, in ragione dei processi di trasformazione e o di innovazione organizzativa, potrà modificare il valore del Tem».

Il Tec, d'altra parte, comprende il Tem, accanto però ai «trattamenti economici che il contratto collettivo nazionale qualificherà come “comuni a tutti i lavoratori del settore”, a prescindere dal livello di contrattazione a cui il medesimo contratto collettivo nazionale di categoria ne affiderà la disciplina»; comunque precisandosi che in tale ambito, «limitatamente a questi fini, sono da ricomprendere fra gli altri anche le eventuali forme di *welfare*». Ancora viene stabilito che il Ccnl dovrà «evidenziare in modo chiaro la durata e la causa di tali trattamenti economici e il livello di contrattazione a cui vengono affidati dovendosi, comunque, disciplinare, per i medesimi trattamenti, gli eventuali effetti economici in sommatoria fra il primo e il secondo livello di contrattazione collettiva».

5. — *Le regole e le prassi: l'«equa retribuzione» da riconquistare* — Le descritte nuove regole sul sistema di contrattazione collettiva introducono

(45) Con riferimenti soprattutto alla «previdenza complementare»: «secondo pilastro» che occorre «rafforzare».

elementi innovativi. In particolare sembra che si torni qui a conferire importanza al contratto nazionale di categoria. Ciò risultando peraltro in linea con indirizzi (*rectius*: ripensamenti) da ultimo emergenti presso l'Unione europea nonché in sede internazionale (46).

Allo stesso tempo, gli indicatori individuati per stabilire il periodico incremento retributivo al livello nazionale sono meno strettamente collegati all'inflazione, non sembrando pertanto formalmente precluso introdurre aumenti reali del salario in questa sede (47).

Si prende così probabilmente atto degli esiti insoddisfacenti, sul piano degli equilibri sociali così come dello stesso sviluppo economico (e quindi delle dinamiche politiche che ne sono in molti paesi derivate), che (pure) le pregresse regole sulla struttura contrattuale hanno portato con sé. Con impatti rilevanti sulla distribuzione dei redditi, a svantaggio innanzitutto delle retribuzioni.

In Italia, d'altra parte, è proprio rimasta nell'elenco dei «buoni propositi» – o delle suggestioni ideologiche – l'idea della valorizzazione del contratto collettivo aziendale: posto che l'area di diffusione di questo non si è nel frattempo in alcun modo incrementata. Anzi con ogni probabilità riducendosi (48).

Cosicché, l'avvenuto indebolimento del contratto nazionale si è di fatto tradotto, come non era imprevedibile immaginare, in un formidabile incremento del potere unilaterale del datore. Processo, quest'ultimo, pure fortemente promosso dalle contemporanee riforme legislative, con gli effetti che ne sono derivati anche quanto alla distribuzione del reddito prodotto (49).

In reazione ai descritti processi – che per inciso hanno anche provocato un significativo indebolimento delle organizzazioni sindacali dei prestatori e (forse ancora più) dei datori –, pare stia pertanto muovendo i primi passi una modificazione, pur non radicale, di prospettiva. Secondo la quale, in estrema sintesi, il contratto collettivo di secondo livello non perde sul piano formale le prerogative acquisite (quanto soprattutto alla possibilità di

(46) Si vedano i documenti elaborati da Commissione europea 2014, 10 ss., nonché Ocse 2018, 109 ss.

(47) Le formule utilizzate non sembrano tuttavia neppure per la verità impedire incrementi inferiori all'inflazione.

(48) Merita segnalare che nel 2016 sono stati resi noti dal ministero del Lavoro dati assai interessanti sulla estensione e diffusione della contrattazione di secondo livello. In relazione a questi trova puntuale conferma il fatto che solo aree molto limitate del paese vedano una significativa presenza della contrattazione di secondo livello. Cfr. Lassandari 2016, 94.

(49) Vedi Brancaccio, Giammetti 2019, in questo stesso volume.

derogare *in peius* il contratto nazionale); il contratto territoriale è a sua volta legittimato (salvo nella relazione con Confindustria); sembra però nel contempo ritenersi che solo attraverso il contratto nazionale di categoria l'autonomia collettiva possa provare a incidere sul mercato e sulle condizioni di lavoro. Anche (o soprattutto) per quel che concerne la retribuzione distribuita nonché la diffusione degli istituti di *welfare* (e la stessa connessa gestione da parte degli enti bilaterali).

A fronte di questa tendenza – se correttamente la si individua –, occorre però anche rilevare come l'inflazione resti il parametro di riferimento di fatto dominante, per l'incremento della retribuzione nazionale: da ciò derivando che aumenti reali della retribuzione continuino a essere plausibilmente stabiliti secondo processi incerti, condizionati sotto molteplici versanti. Tra questi, il fatto che l'impresa datrice di lavoro, in buone condizioni (50), abbia stipulato il contratto collettivo aziendale (o applichi il contratto territoriale, se esistente); ancora che i parametri di successo aziendale siano stati correttamente individuati *ex ante* (ma anche misurati *ex post*); infine che gli obiettivi previsti siano stati raggiunti. Si aggiunga che buona parte di questi ultimi, considerando le clausole collettive diffuse in Italia, non solo prescindono dalla «quantità e qualità» del lavoro prestato, per citare l'articolo 36 della Costituzione, ma sfuggono alle determinazioni e molto spesso alla stessa conoscenza dei rappresentanti dei lavoratori, alla luce della debolezza dei sistemi partecipativi nazionali (51).

Ciò rende allora anche le soluzioni da ultimo proposte in sede contrattuale nel complesso fragili, rispetto alla garanzia di una retribuzione adeguata e più in generale alla realizzazione di una equa distribuzione dei redditi.

D'altra parte, oggi numeri crescenti di imprese rinviando a regolamentazioni collettive nazionali «alternative» a quelle introdotte dai sindacati storici, come già si indicava, con retribuzioni stabilite ancora inferiori. Mentre i processi generali esistenti sui mercati, in connessione alla cd. globalizzazione, sottopongono (anche) le dinamiche contrattuali collettive a pressioni sempre più grandi, sfavorevoli ai sindacati dei prestatori, con riflessi negativi di nuovo innanzitutto sui salari (52).

(50) Si tratta di presupposto di fatto decisivo (sottolineatura questa che può anche essere ritenuta una ovvietà). In effetti, l'adempimento di qualunque ipotetico vincolo già assunto dal datore risulta comunque condizionato dalle vicende dell'impresa: il prestatore, a fronte di crisi (o anche solo ristrutturazione) di quest'ultima, può così in tutta facilità transitare dal ruolo di (potenziale) creditore retributivo a quello di (potenziale) licenziato.

(51) Cfr. Alaimo 2009 e Corti 2012.

(52) Si assiste in tal modo, nella fase contemporanea, anche a vicende del tutto

La via per tornare a conferire vigore al trattamento retributivo sembra pertanto tutt'altro che semplice: anzi del tutto impervia.

Il ruolo che innanzitutto lo Stato può svolgere in materia è comunque rilevante. In relazione, ad esempio, a provvedimenti che promuovano la produttività delle imprese, secondo direttrici in forte discontinuità, a giudizio di chi scrive, con quanto fino a ora realizzato nel nuovo secolo (53); anche tuttavia a misure volte a eliminare il menzionato «pluralismo patologico» di soggetti e contratti collettivi, attraverso una legge sindacale.

Su questi temi, d'altra parte, la stessa contrattazione collettiva può incidere, anche a prescindere da un (non probabile) intervento pubblico. Sciogliendo, ad esempio, le ambiguità sulla verifica della produttività delle imprese (spesso generosamente riconosciuta... anche per ottenere le consuete riduzioni di costi) (54); prevedendo un'adeguata partecipazione dei rappresentanti dei prestatori (almeno) quanto al monitoraggio dei parametri rilevanti per la distribuzione dei premi in sede aziendale; soprattutto implementando davvero la diffusione del secondo livello di contrattazione, ove questo resti la principale sede di incremento del salario reale.

Si ritiene, d'altra parte, più in generale necessario riflettere sul ripristino di una concezione della distribuzione del salario, ai diversi livelli contrattuali, non esclusivamente connessa al riscontro verificato (più o meno bene) di produttività (55). E questo perché i fatti hanno mostrato come in tal modo la ricchezza prodotta non sia stata intercettata dalla generalità dei prestatori, mentre la «moderazione salariale» ha contribuito a disincentivare le imprese dal realizzare i necessari investimenti per competere in modo efficace. Non solo. Anche perché il rischio di impresa – per la gestione del quale il diritto fornisce al datore di lavoro molteplici e pervasivi poteri unilaterali, a partire dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo – deve recare con sé, in un sistema dove le ragioni del capitale e del lavoro sono temperate, la garanzia di un salario comunque adeguato per i prestatori impiegati. Questo avendo peraltro non secondari positivi effetti su di un equilibrato sviluppo dello stesso sistema economico.

inedite e preoccupanti. Così, ad es., quanto a recenti sentenze di merito, in cui è stata dichiarata non conforme all'art. 36 della Costituzione, a causa della palese inadeguatezza, la disciplina sul salario di un contratto collettivo nazionale di categoria sottoscritto da federazioni aderenti a Cgil, Cisl e Uil: cfr. Centamore 2017.

(53) Ci si riferisce alla inesistenza di una politica industriale così come agli assai modesti investimenti in ricerca e sviluppo; alle stesse misure inoltre che hanno spalancato alle imprese la via – fallimentare e illusoria, se percorsa in alternativa a quella degli investimenti – della riduzione dei costi per competere nel mercato globale.

(54) Cfr. Gottardi 2016, 895 ss. Vedi anche Treu 2019, 31.

(55) Vedi anche le diverse critiche di Gagnoli 2012, 17, e Tronti 2015.

Anche sul complesso problema dell'abnorme pluralismo collettivo è, d'altra parte, possibile e opportuno un intervento dei sindacati storici (56).

Al fondo, tuttavia, i processi di contrattazione collettiva e il conseguente stato delle retribuzioni risultano soprattutto condizionati dalla globalizzazione dei sistemi economici, così come concepita e realizzata nell'ultimo trentennio. Solamente una revisione dei caratteri di quest'ultima, attraverso forme di indirizzo – se non governo – di fenomeni altrimenti non di rado distruttivi (e autodistruttivi), per i sistemi sociali, economici e politici, può consentire allora di mettere davvero in discussione le dinamiche descritte.

Da ultimo, viene osservato che in materia «si mantiene rilevante [...] il ruolo dello Stato [...] ancorché indebolito» (appunto) «dalla globalizzazione» (57). Pure i sindacati e la contrattazione collettiva, tuttavia, abbandonando tradizioni del tutto radicate e costruendo (innanzitutto) un interesse collettivo sovranazionale, possono e devono assumere adeguate iniziative (58): altrimenti rinunciando *a priori* a disciplinare – o anche solo considerare – aspetti... di cui le retribuzioni nazionali costituiscono mero, inevitabile effetto.

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A. (2009), *La nuova direttiva sui Comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in *DRI*, 1002 ss.
- Alleva P.G. (1993), *L'Accordo del 23 luglio 1993: un'analisi critica*, in *RGL*, I, 243 ss.
- Alleva P.G. (2012), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno*, in *RGL*, I, 627 ss.
- Alvino I. (2018), *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, Napoli.
- Ballestrero M.V. (2019), *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *RGL*, n. 2, I, 235 ss.
- Barbieri M. (2014), *Note critiche sul Testo Unico sulla rappresentanza sindacale*, in Zoppoli L. *et al.* (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Esi, Napoli, 211 ss.

(56) Si fa riferimento all'ipotesi di un accordo sottoscritto da tutti i sindacati storici, volto quantomeno a individuare un preciso perimetro di riferimento: con delimitazione delle diverse aree di «competenza» per le associazioni datoriali (concorrenza interna) e impegni di reciproche relazioni esclusive (concorrenza esterna), ai fini della negoziazione collettiva. Il percorso, meno efficace di quello legislativo ma tutt'altro che irrilevante, è comunque allo stato molto difficile.

(57) Cfr. Treu 2018, 11.

(58) Vedi, da ultimo, Guarriello, Stanzani (a cura di) 2018, nonché Scarponi 2018, 258. Cfr. anche Lassandari 2005.

- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, II, 493 ss.
- Bavaro V. (2015), *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 87 ss.
- Bellardi L. (1999), *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, Bari.
- Bellardi L. (2016), *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 403 ss.
- Bordogna L. (2019), *L'Accordo Confindustria-sindacati del 9 marzo 2018 su relazioni industriali e contrattazione collettiva*, in *DLRI*, 161 ss.
- Brancaccio E., Giammetti R. (2019), *Le «riforme strutturali» del mercato del lavoro: promesse politiche ed evidenze empiriche*, in *RGL*, n. 2, I, 193 ss.
- Carinci F. (2009), *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *RIDL*, I, 177 ss.
- Carinci F. (2011), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *ADL*, I, 457 ss.
- Carinci F. (a cura di) (2011), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano.
- Caruso B. (2002), *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 93 ss.
- Centamore G. (2017), *Contratti collettivi «qualificati» e trattamento economico dei soci lavoratori di cooperativa: cronaca e implicazioni di una vicenda singolare*, in *Labor*, 234 ss.
- Centamore G. (2019), *La giusta retribuzione nell'art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in *RGL*, n. 2, I, 274 ss.
- Ciucciovino S. (2018), *Mettere ordine nella giungla dei Ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *DLRI*, 227 ss.
- Commissione europea (2014), *Industrial Relations in Europe*.
- Corti M. (2012), *La partecipazione dei lavoratori*, Vita e Pensiero, Milano.
- Costabile L. (2009), *Glossario dell'economista per il giuslavorista*, in *RGL*, I, 175 ss.
- D'Antona M. (1993), *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'«autunno freddo» dell'occupazione*, in *RIDL*, I, 411 ss.
- Del Punta R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 31 ss.
- Del Punta R. (2014), *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, 673 ss.
- Di Stasi A. (2014), *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 stipulato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil. Una riflessione critica*, in *RGL*, I, 631 ss.
- Ferrante V. (2011), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno*, in *RGL*, I, 659 ss.
- Ferraro G. (2014), *Sul rinnovato «sistema» delle relazioni industriali*, in *ADL*, I, 549 ss.
- Forlivesi M. (2017), *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *LD*, 521 ss.
- Garofalo M.G. (1999), *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 9 ss.
- Ghezzi G. (1994), *Considerazioni sull'Accordo tra Governo e parti sociali del 23 luglio 1993*, in *PD*, n. 1, 3 ss.

- Giasanti L. (2017), *L'attuale capacità del contratto collettivo di salvaguardare i livelli retributivi, qualche riflessione in un confronto tra Italia e Stati Uniti*, in Lassandari A. et al. (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, Bologna, 291 ss.
- Giugni G. (1993), *L'Accordo sul costo del lavoro: un'intesa densa di novità*, in *LI*, n. 13, 5 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 877 ss.
- Gragnoli E. (2012), *La retribuzione ed i criteri della sua determinazione*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet giuridica, Torino, 2 ss.
- Grandi M. (1993), *Accordo del 31 luglio 1992 e contrattazione aziendale*, in *DLRI*, 213 ss.
- Guarriello F. (2017), *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in *DLRI*, 97 ss.
- Guarriello F., Stanzani C. (a cura di) (2018), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, FrancoAngeli, Milano.
- Lassandari A. (2005), *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *RGL*, I, 263 ss.
- Lassandari A. (2009), *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *RGL*, I, 299 ss.
- 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.
- Lassandari A. (2013), *Divisione sindacale e «crescita di produttività e competitività»*, in *LD*, 243 ss.
- Lassandari A. (2016), *La contrattazione integrativa*, in Mascini M. (a cura di), *L'Annuario del lavoro 2016, Il diario del lavoro*, Roma, 89 ss.
- Lassandari A. (2017), *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *DLRI*, 2 ss.
- Lassandari A. et al. (a cura di) (2017), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, Bologna.
- Leccese V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 479 ss.
- Leccese V. (2017), *La contrattazione collettiva nazionale oggi: caratteri, metamorfosi e criticità. Temi per il dibattito*, in Lassandari A. et al. (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bononia University Press, Bologna, 109 ss.
- Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 191 ss.
- Liso F. (2014), *Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014*, in *RGL*, I, 641 ss.
- Liso F. (2018), *Qualche erratica considerazione sul recente Accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino Adapt*, n. 16, 23 aprile.
- Magnani M. (2009), *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, I, 278 ss.
- Magnani M. (2018), *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 376.

- Mainardi S. (2017), *Le relazioni collettive nel «nuovo» diritto del lavoro*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 181 ss.
- Marazza M. (2018), *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *LLI*, n. 2, 1 ss.
- Mariucci L. (2006), *Il sistema contrattuale: ricostruire più che riformare*, in *RIDL*, I, 281 ss.
- Mariucci L. (2011), *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *LD*, 451 ss.
- Martelloni F. (2014), *Presenza nel conflitto e rappresentatività nell'interregno del sistema sindacale*, in *LD*, 55 ss.
- Martone M. (2018), *Retribuzione e struttura della contrattazione collettiva*, Relazione al XIX congresso Aidlass, tenutosi a Palermo, 17-19 maggio.
- Megale A., Cicala N. (2014), *Poveri salari*, Ediesse, Roma.
- Napoli M. (2009), *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra l parti sociali*, in *Jus*, n. 3, 14 ss.
- Nogler L. (a cura di) (2014), *Ebav*, FrancoAngeli, Milano.
- Ocse (2018), *Employment Outlook*.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 7 ss.
- Papa V. (2017), *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Giappichelli, Torino.
- Pascucci P. (2018), *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione al XIX congresso Aidlass, tenutosi a Palermo, 17-19 maggio.
- Persiani M. (2011), *Osservazioni estemporanee sull'Accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, I, 451 ss.
- Perulli A. (1999), *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova.
- Perulli A., Speciale V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione d'agosto» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132.
- Pessi R. (2009), *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *DRI*, 326 ss.
- Ricci M. (1993), *Il Protocollo del 3 luglio sul costo del lavoro: verso l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali?*, in *RGL*, I, 279 ss.
- Ricci M. (2009), *L'Accordo quadro e l'Accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *RIDL*, I, 358 ss.
- Rivista giuridica del lavoro* (a cura di) (2016), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, Ediesse, Roma.
- Roccella M. (1993), *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'Accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in *RGL*, I, 263 ss.
- Romagnoli U. (2003), *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *LD*, 569 ss.
- Romagnoli U. (2014), *Quando il sindacato non è più agente del cambiamento*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Esi, Napoli, 179 ss.
- Rusciano M. (1993), *Accordo del 31 luglio 1992 e contrattazione aziendale*, in *DLRI*, 228 ss.

- Santoro Passarelli G. (2010), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausole di rinvio*, in RIDL, I, 487 ss.
- Scarpelli F. (2011), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno*, in RGL, I, 639 ss.
- Scarpelli F. (2014), *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in DRI, 687 ss.
- Scarponi S. (2018), *Imprese multinazionali e autoregolamentazione transnazionale in materia di lavoro*, in RGL, I, 250 ss.
- Tomassetti P. (2017), *L'erogazione in cifra fissa nella contrattazione collettiva aziendale*, in Lassandari A. et al. (a cura di), *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bologna University Press, Bologna, 219 ss.
- Trentin B. (2017), *Diari 1988-1994*, a cura di Auriemma I., Ediesse, Roma.
- Treu T. (1993), *L'Accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in RGL, I, 215 ss.
- Treu T. (2000), *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in ADL, I, 467 ss.
- Treu T. (2018), *Introduzione*, in Guarriello F., Stanzani C. (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali*, FrancoAngeli, Milano, 7 ss.
- Treu T. (2019), *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 386.
- Tronti L. (2015), *Modello contrattuale, produttività del lavoro e crescita economica*, in *Nota Isril on line*, n. 24.
- Vitaletti M. (2017), *Rappresentanza datoriale e contratti collettivi nazionali. Riflessioni intorno al modello francese*, in DLRI, 49 ss.
- Zoppoli L. (2014), *Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano? Riflessioni introduttive*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Esi, Napoli, 11 ss.

ABSTRACT

Nel saggio viene analizzata la regolamentazione del sistema di contrattazione collettiva, con riferimento alla retribuzione distribuita ai differenti livelli: sono presi in considerazione gli Accordi del luglio 1993 e del gennaio 2009, e anche i più recenti accordi sottoscritti a partire dal 2016. Si individuano gli elementi critici di un modello tuttora fondato sulla moderazione salariale piuttosto che sulla distribuzione.

WAGES AND COLLECTIVE BARGAINING

The essay analyses collective bargaining in terms of its regulation and functioning, with particular focus on wage distribution at different levels. More specifically, the Author examines two intersectoral agreements (signed in July 1993 and January 2009) that can be considered the most relevant to this respect, as well as the more recent ones (signed since 2016). The analysis identifies several critical features of a system still based on wage moderation rather than on distribution.

Maria Vittoria Ballestrero ()*

RETRIBUZIONE SUFFICIENTE E SALARIO MINIMO LEGALE

SOMMARIO: 1. Il problema della povertà e le misure di contrasto. — 2. Salario minimo e retribuzione sufficiente. — 2.1. La correlazione tra proporzionalità e sufficienza della retribuzione. — 3. Il salario minimo: un'idea che viene da lontano. — 3.1. Il modello italiano postcostituzionale di salario minimo. — 4. Una nuova fase della discussione sul salario minimo. — 5. Salario minimo legale. Sì, ma come? — 6. In conclusione.

1. — *Il problema della povertà e le misure di contrasto* — Da qualche mese a questa parte sentiamo molto parlare di reddito di cittadinanza, presentato addirittura come la misura che «cancella» la povertà. Esagerazioni fuori luogo a parte (1), resta vero che il Governo in carica, non meno dei Governi che lo hanno preceduto, si trova a dover fronteggiare il grande problema reale della povertà e dell'esclusione sociale (2).

Per povertà si intende, come è noto, uno stato di deprivazione, per lo più legato alla mancanza di lavoro: disoccupazione, inoccupazione, inattività, bassa intensità occupazionale all'interno del nucleo familiare (specialmente donne e giovani). Ma non solo, perché la povertà delle singole persone e delle famiglie deriva dalla combinazione di fattori anche diversi dalla mancanza

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Genova.

(1) Date le risorse disponibili, il reddito di cittadinanza (di seguito, Rdc) (d.l. n. 4/2019, in attesa, mentre scrivo, della conversione in legge) non riuscirà a coprire tutta la platea delle persone e delle famiglie in povertà assoluta; il Rdc presenta differenze significative, per estensione dei beneficiari, per architettura e risorse impiegate, rispetto al reddito di inclusione (di seguito, Rei), ora abrogato in parte, e in parte modificato (sul Rei, da ultimo, Buoso 2018).

(2) L'espressione «esclusione sociale» pare caduta in disuso, in questi tempi in cui sembra essere rimesso in discussione il valore dell'integrazione, specie di coloro – gli immigrati – che sono i più poveri dei poveri. La disciplina del Rdc prevede tuttavia, quando i bisogni del nucleo familiare siano complessi e multidimensionali, la sottoscrizione di un patto di inclusione sociale «che assume le caratteristiche del progetto personalizzato» previsto dalla disciplina del Rei (art. 6, d.lgs. n. 47/2017); ma l'accesso degli immigrati al Rdc appare alquanto difficoltoso.

di lavoro o dalla impossibilità o incapacità di procurarsene uno: l'età (sono più poveri i giovani degli anziani), la perdita di un congiunto, la perdita dell'abitazione, la malattia, e altri fattori ancora di fragilità personale e sociale.

La povertà si declina in espressioni diverse e di diverso significato (povertà assoluta; povertà relativa), e diversi sono i sistemi di misurazione (3). Nel quadro della povertà, assoluta o relativa, assume un rilievo specifico il problema della cd. *in-work poverty*. Il recente *focus* del Censis sulla povertà calcola in circa 2,5 milioni i *working poor*: individui che lavorano con un salario sotto la soglia di povertà relativa, tra i quali i molti giovani intrappolati nel «lavoro gabbia», da cui è difficile uscire (4). Cresce ancora il lavoro precario, di bassa qualità e intensità: l'esplosione delle assunzioni a termine (e specialmente dei *fast jobs*, della durata media di 4 mesi) non accenna a calare; dopo la soppressione dei *voucher* e la loro sostituzione con il contratto di prestazione occasionale (di seguito, Cpo) (5), ha subito

(3) Per povertà assoluta si intende l'incapacità del nucleo familiare di accedere a un paniere di beni necessari per un'esistenza «libera e dignitosa» (secondo la formula dell'art. 36 Cost.). L'Istat ha calcolato (periodo di riferimento l'anno 2017) che siano in povertà assoluta il 6,9% delle famiglie (ma il 34,5% delle famiglie di soli stranieri): dato equivalente a 1.788.000 famiglie in cui vivono 5.580.000 persone. La povertà relativa è un indice statistico che definisce povera la famiglia di due persone con una spesa per consumi inferiore o uguale alla spesa media per consumi *pro capite* (il valore è poi riparametrato a seconda della numerosità dei membri della famiglia). Secondo il sistema di misurazione usato da Oecd e Ue, la condizione di povertà relativa sussiste quando il reddito individuale è inferiore al 60% del reddito mediano equivalente annuale. L'Istat ha calcolato che sono al di sotto della soglia di povertà relativa (stimata mediamente in 1.085 Euro per due persone, 780 per un *single*) il 12,3% delle famiglie e 9 milioni di persone (come per la povertà assoluta, anche in questo caso vi sono forti differenze per aree geografiche). I dati mostrano crescenti disuguaglianze (calcolate con il coefficiente di Gini) nella distribuzione del reddito e della ricchezza; le disuguaglianze, secondo Stiglitz 2018, ostacolano la crescita economica.

(4) Osserva Lucifora 2015, 62: «le posizioni a basso salario si trasformano in «trappole della povertà», senza che vi sia un percorso verso la stabilizzazione del rapporto di lavoro e una reale indipendenza economica. Come numerosi studi empirici hanno mostrato, la presenza di uno o più lavoratori a basso reddito all'interno di un nucleo familiare e la persistenza nella condizione di *working poor* aumentano significativamente il rischio di povertà».

(5) Con il d.l. 24.4.2017, n. 50, conv. in l. n. 96/2017, art. 54-*bis*, il Governo allora in carica aveva provveduto a introdurre una nuova disciplina del lavoro occasionale che sostituiva la disciplina del lavoro accessorio, abrogata per evitare il referendum abrogativo promosso dalla Cgil, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale. Questa disciplina è stata ora modificata dal «decreto Dignità» (d.l. n. 87/2018, conv. in l. 9.8.2018, n. 96), che ha allargato la platea dei beneficiari del contratto di lavoro occasionale e semplificato le procedure.

una forte espansione il lavoro intermittente, più «facile» e meno costoso del Cpo: le modifiche apportate dal cosiddetto «decreto Dignità» (d.l. n. 87/2018, conv. con modifiche in l. n. 96/2018) non hanno inciso sull'espansione del lavoro intermittente, che non conosce flessione. Continua a crescere il *part-time*, specialmente «verticale» (su base settimanale, mensile o annuale), ridotto spesso a poche ore (la legislazione italiana non prevede alcun limite orario minimo) e frequentemente involontario, cioè non scelto.

Se questo è il quadro, i problemi da affrontare sono enormi, e le misure di contrasto alla povertà devono essere individuate scegliendo (con saggezza) tra le molte proposte (6). Tra queste occupa un posto non marginale una misura – insieme di contrasto ai bassi salari e di protezione dei lavoratori a rischio di povertà – nota come «salario minimo legale» (di seguito, Sml), adottata nella stragrande maggioranza dei paesi dell'Ue (22 su 28, includendo ancora il Regno Unito) (7), ma non in Italia, per le ragioni su cui mi soffermerò oltre (*infra*, par. 4). Inutile precisare che Sml e reddito minimo (di inclusione, di cittadinanza, o come altro lo si voglia chiamare) sono misure che si incrociano, ma non si confondono (8).

2. — *Salario minimo e retribuzione sufficiente* — Nel dibattito politico di questi ultimi mesi, cresciuto di intensità a causa delle forti tensioni sulle misure da inserire nella legge di bilancio, sul Sml era calato il silenzio; benché previsto dal «contratto di Governo», l'argomento era rimasto fuori dal tavolo del negoziato politico tra le due forze che compongono il Governo in carica nei suoi primi otto mesi di vita (9). La recente ripresa del discorso

(6) Per un'ampia ricognizione dei problemi e dei rimedi cfr. LD, 2018, n. 4, *Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale*.

(7) Tra i paesi dell'Ue ad alta copertura da parte della contrattazione collettiva, Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia e Italia non hanno il Sml, mentre questo è previsto in Francia, Spagna, Belgio e Olanda. Tra i paesi in cui la copertura è media (Germania, Grecia, Croazia, Lussemburgo, Malta, Romania, Portogallo, Cipro), solo Cipro non ha il Sml. In tutti gli altri paesi dell'Ue (incluso il Regno Unito), nei quali la copertura è molto bassa o assente, è previsto il Sml. Cfr. Garnerò 2018.

(8) «Il primo attiene alla determinazione di un valore minimo del lavoro; il secondo interviene invece a garantire un reddito minimo tendenzialmente privo di un legame diretto con il lavoro»: così Zoppoli 1991, 303.

(9) Sul Sml, il PD ha presentato un d.d.l. nel maggio 2018 (Senato, n. 310) e il M5S ha presentato un proprio d.d.l. nel luglio 2018 (Senato, n. 658). Il d.d.l. del PD fissa il salario minimo orario (di seguito, Smo) a 9 Euro (al netto dei contributi previdenziali e assistenziali), e rinvia a un decreto ministeriale, previo accordo con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rap-

sul Sml, non so dire se per ragioni di convenienza elettorale o per più serie scelte politiche, può preludere all'aprirsi di concrete prospettive di un intervento legislativo (che parrebbe visto con favore anche dalla Cgil, fino a ora tutt'altro che entusiasta).

Si vedrà. Per ora ciò che si può dire è che proprio la realtà della *in-work poverty* e il numero crescente di lavoratori poveri dovrebbero indurre i nostri governanti a non trascurare l'esigenza di metter mano a una disciplina del salario minimo adeguata alle peculiarità del nostro sistema giuridico. Almeno per una volta, non è l'Europa matrigna a chiederlo (10); lo chiede invece la nostra Costituzione, che fa della retribuzione proporzionale e sufficiente l'oggetto di un diritto fondamentale dei lavoratori (art. 36, comma 1). Se i nostri governanti fino a ora l'hanno dimenticato, a noi invece conviene ricordarlo. Senza pretesa di dire cose originali in una materia in cui è già stato detto tutto, ma solo con l'intento di mettere in fila i concetti utili alla riflessione del giuslavorista.

Preliminarmente, occorre precisare che l'art. 36 non impone il salario minimo (che infatti non è menzionato: per opportunità politica più che per ragioni di principio) (11) e men che meno ne riserva la definizione al legislatore. L'art. 36 impone solo che la retribuzione sia, oltre che proporzionale alla qualità e quantità del lavoro prestato, «in ogni caso» sufficiente ad assicurare una «esistenza libera e dignitosa», senza stabilire quale sia la soglia della sufficienza, e senza affidarne la valutazione al legislatore. Era infatti convinzione dei costituenti che i salari dovessero restare materia di competenza della contrattazione collettiva; alla legge i costituenti affidavano il compito, strumentale ma decisivo, di realizzare un sistema di contrattazione nazionale di categoria efficace *erga omnes* (art. 39, commi 2-4, Cost.), che avrebbe dovuto garantire ai lavoratori salari minimi uniformi (nell'ambito della categoria definita dal contratto collettivo).

presentative sul piano nazionale, i contratti di importo inferiore a 9 Euro a cui applicare il Smo, i casi di esclusione dal Smo, le modalità di incremento dei salari di importo superiore al Smo. Più articolata la disciplina prevista dal d.d.l. del M5S, che fissa la soglia di 9 Euro lordi l'ora per il Smo (esteso anche alle collaborazioni eteroorganizzate), ma individua come salario proporzionato e sufficiente un Smo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo di categoria stipulato dalle associazioni sindacali e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

(10) La materia della retribuzione è esclusa dalle competenze normative dell'Ue (art. 153 TfUE), ma non dalle politiche e dalla *soft law*: cfr. Zoppoli 2018, 371 ss.

(11) Per la ricostruzione della discussione in Assemblea Costituente cfr. Roccella 1986, 62 ss. Per i dettagli cfr. Faleri 2014.

In secondo luogo, occorre ricordare che l'immediata precettività dell'art. 36 (il suo effetto diretto orizzontale), sostenuta da un autorevole settore della dottrina (Natoli, Pugliatti, Scognamiglio) e affermata dalla Cassazione fin dall'inizio degli anni cinquanta del secolo scorso, è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale (benché solo con la sentenza n. 30/1960), che ha qualificato il diritto alla «giusta retribuzione» come «diritto soggettivo perfetto». L'applicabilità immediata dell'art. 36, comma 1, nei contratti individuali di lavoro è dunque ormai scontata.

Secondo un orientamento diffuso, l'art. 36 contiene due principi, distinti ma correlati: il principio della sufficienza (al quale viene ricondotto il salario minimo, detto perciò «minimo costituzionale») e il principio della proporzionalità della retribuzione (12). La dottrina prevalente qualifica dunque proporzionalità e sufficienza della retribuzione come principi; per questo mi pare necessario precisare che condivido invece l'opinione di quanti affermano che l'immediata precettività dell'art. 36, insieme al suo contenuto specifico e pregnante, concorrono alla trasformazione dei principi in *regole* (13). La trasformazione è densa di implicazioni, perché a differenza dei principi, le regole non sono derogabili e – in linea di massima – neppure bilanciabili; ciò vuole dire che, per quanto la libertà dell'iniziativa economica privata trovi tutela nell'art. 41, comma 1, Cost., le regole della proporzionalità e della sufficienza della retribuzione sono inderogabili e non si bilanciano con l'utilità che il datore di lavoro pretenda di ricavare dalla prestazione di lavoro (14).

Parlare di regole inderogabili e non bilanciabili non significa dire – co-

(12) Per tutti, riassuntivamente: Perone, D'Andrea 2009; Bellomo 2017, ma già Bellomo 2002 e Zoppoli 2018. Resta fondamentale il commento all'art. 36 di Treu 1979 (su cui cfr. Marinelli 2011). Sulla questione dell'onnicomprendività della retribuzione (di cui non mi occupo in questa sede) cfr. i rilevi critici di D'Antona 1984 e Roccella 1986.

(13) Il principio, sancito da una norma immediatamente precettiva, si traduce in una *regola* che integra (o corregge) l'autonomia negoziale delle parti (così Pascucci 2018, 36), al fine di prevenire gli effetti connessi allo squilibrio di potere contrattuale delle parti. Nello stesso senso Ricci 2012 (sulla scorta di Zagrebelski 2008, 224 ss.). In argomento, cfr. Ballestrero, Guastini 2017: ivi specialmente l'analisi di Guastini (128 ss.) sulla distinzione tra principi (defettibili) e regole (indefettibili).

(14) Di diverso avviso Ricci (2012), che, partendo dal potenziale conflitto tra l'art. 36 e l'art. 41, non esclude che il bilanciamento possa portare, in talune circostanze, al prevalere della libertà economica sull'adeguatezza della retribuzione. Vale la pena di sottolineare che l'art. 36 non menziona il *rendimento* del lavoro: i Costituenti ritennero infatti che avrebbe consentito di valutare la prestazione lavorativa in termini di utilità per il datore di lavoro.

me pure si diceva in passato – che il salario sia una «variabile indipendente» dalle dinamiche dell'economia; significa solo dire che il bilanciamento tra il diritto dei lavoratori a una retribuzione proporzionale e sufficiente e il principio della libertà dell'iniziativa economica avviene altrove: nelle sedi (politiche, legislative e contrattuali) nelle quali l'ammontare dei salari (e dunque il «costo» delle retribuzioni per le imprese, ma anche per le pubbliche amministrazioni) è concretamente definito (15).

2.1. — *La correlazione tra proporzionalità e sufficienza della retribuzione* — È diffusa la convinzione che il principio (anzi: la regola) della sufficienza esuli dalla considerazione della corrispettività della retribuzione, per guardare piuttosto al valore sociale e alla funzione della retribuzione, come mezzo di sostentamento. Detto altrimenti: nell'art. 36, il diritto alla retribuzione assolve alla duplice funzione di garantire al lavoratore un compenso corrispettivo, adeguato alle caratteristiche del lavoro (secondo la logica del mercato), e di assicurare alla generalità dei lavoratori subordinati il minimo vitale (16).

Premesso che il contratto di lavoro è la fonte dell'obbligazione retributiva, resta da dire se l'obbligazione possa essere definita come una obbligazione unitaria, che tiene insieme proporzionalità e sufficienza, o se, invece, sia necessario distinguere funzionalmente al suo interno l'obbligazione corrispettiva (la retribuzione come corrispettivo della qualità e quantità del lavoro) dall'obbligazione «sociale» di garantire una retribuzione sufficiente a garantire al lavoratore (e alla sua famiglia) un'esistenza libera e dignitosa (17).

La dicotomia è suggerita dalla considerazione che la regola della proporzionalità della retribuzione è collegata direttamente al sinallagma contrattuale (e dunque all'autonomia negoziale) e al valore che il lavoro ha nella valutazione delle parti contraenti (18); non così la regola della suffi-

(15) Cfr. Ricci (2012), per l'efficace ricostruzione dell'evoluzione della retribuzione da diritto tendenzialmente assoluto, o «variabile indipendente», a costo, e dunque variabile sempre più «dipendente» dalle dinamiche macroeconomiche.

(16) Configura il diritto alla retribuzione sufficiente come «diritto di cittadinanza sociale» Zoppoli (1991, 282). Secondo Perone, D'Andrea (2009), la retribuzione sufficiente è espressione del principio «il lavoro non è una merce».

(17) È la nota tesi di Zoppoli (1991), che l'Autore ha nella sostanza ribadito anche di recente (*Idem* 2018).

(18) Si può ricordare che in Assemblea Costituente (III Sottocommissione) Di Vittorio era contrario alla introduzione del riferimento alla correlazione con la qualità e quantità del lavoro prestato (secondo una formula ripresa dalla Costituzione sovietica del 1936), perché avrebbe potuto significare il riconoscimento del cottimo individuale come caratterizzante il sistema retributivo italiano; prima l'opera di Ghidini,

cienza, che fa invece riferimento al valore sociale del lavoro, prescindendo dal valore che la prestazione lavorativa dedotta in contratto ha nella valutazione delle parti. Salvo poi ricomporre la dicotomia nella definizione di un'obbligazione retributiva della quale è parte integrante (come effetto legale del contratto) l'obbligazione sociale non corrispettiva (retribuzione sufficiente), cui corrisponde un diritto indisponibile (e imprescrittibile) del lavoratore (19).

La dicotomia tra obbligazione corrispettiva e obbligazione sociale mette in rilievo le due facce della retribuzione (diritto di credito da un lato; diritto sociale dall'altro); queste stesse due facce possono essere ricomposte, come si è proposto ancora di recente, facendo ricorso a una nozione unitaria di retribuzione, che tenendo insieme proporzionalità e sufficienza «risponde a un tempo tanto a una logica economicistica quanto a una logica sociale» (20).

La proposta della inscindibile correlazione tra sufficienza e proporzionalità fa leva essenzialmente sul dato letterale (retribuzione proporzionale e *in ogni caso* sufficiente), che nell'art. 36 lega appunto la proporzionalità alla sufficienza della retribuzione. Se il dato letterale in sé non pare decisivo, ciò che di interessante ha questa proposta è l'attribuzione alla sufficienza della virtù di «correggere» la proporzionalità, nel senso che «la retribuzione, che deve essere proporzionata, non può non essere sempre sufficiente», e sufficiente (ma «parametrata» a sua volta sulla proporzionalità) deve restare anche quando la prestazione di lavoro non è esigibile (21).

La correlazione inscindibile tra proporzionalità e sufficienza incide così sulla corrispettività del contratto di lavoro, integrando o correggendo, mediante l'ingresso della dimensione sociale della retribuzione (e con essa della tutela della dignità del lavoratore, come persona e come cittadino), l'interdipendenza tra obbligo retributivo e prestazione lavorativa. Caricando sulla dimensione sociale della retribuzione il peso di tener fermo l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione (proporzionale e sufficiente) anche in mancanza di prestazione lavorativa, si evita lo scontro con il nocciolo duro della corrispettività (come corrispondenza biunivoca

poi il ruolo decisivo svolto da Togliatti nella I Sottocommissione, portarono alla formulazione del futuro art. 36: cfr. Faleri 2014, 169 ss. Sui lavori preparatori cfr. anche Ichino 2010.

(19) Zoppoli 1991, 331 ss.

(20) Pascucci 2018, 41; in precedenza Bellomo 2002, 79 ss.

(21) Le citazioni nel testo sono di Pascucci (2018, 41-42), al quale rinvio anche per l'attenta analisi critica della dottrina.

tra retribuzione e lavoro effettivamente prestato), che la tradizione dottrinale colloca nel sinallagma contrattuale genetico (22).

Difficile dire quali possibilità abbia questa proposta interpretativa di avere seguito. Non induce all'ottimismo la recente sentenza della Corte costituzionale (n. 86/2018) (23), nella quale spicca questa affermazione: secondo la nozione di retribuzione ricavabile dall'art. 36 Cost. (e dagli artt. 2094 e 2099 c.c.), il diritto a percepire la retribuzione «sussiste solo in ragione (e in proporzione) della *eseguita* prestazione lavorativa» (24). L'affermazione è drastica, e per certi versi sorprendente: la Corte non ignora certo che nella disciplina del contratto di lavoro subordinato non sono pochi i casi nei quali la legge e la contrattazione collettiva prevedono che il lavoratore abbia diritto alla retribuzione pur non avendo eseguito alcuna prestazione. Ma evidentemente la Corte ritiene – nel solco della più tradizionale costruzione della corrispettività – che quei casi costituiscano «deroghe» alla regola della corrispondenza biunivoca tra retribuzione e lavoro effettivamente prestato. Segno che il valore sociale della retribuzione è ancora visto come un corpo estraneo alla logica dello scambio contrattuale, che non contribuisce a ridefinire l'oggetto dello scambio e, con esso, i diritti e gli obblighi delle parti.

La preminenza assegnata alla logica dello scambio emerge anche nella diffusa convinzione che l'espresso riferimento nell'art. 36 ai bisogni della famiglia (25) sia «ultroneo»: a tali bisogni – si afferma – non deve provvedere

(22) Della corrispettività nel contratto di lavoro mi ero occupata molto tempo fa (Ballestrero 1985, su cui cfr. la critica di Zoppoli 1991), affrontando il problema della permanenza dell'obbligazione retributiva in caso di sospensione unilaterale del rapporto da parte del datore di lavoro e ricorso alla Cassa integrazione guadagni, e criticando la corrente idea che i casi nei quali la legge salvaguarda il diritto alla retribuzione in mancanza di prestazione corrispondono a «deroghe» alla regola generale della corrispettività.

(23) Il giudice rimettente (T. Trento 26.7.2016, ord.) aveva ritenuto «irragionevole» l'attribuzione di natura risarcitoria, anziché retributiva, all'indennità di cui all'art. 18, comma 4, come modificato dalla legge n. 92/2012, che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere in caso di mancata ottemperanza all'ordine di reintegrazione.

(24) La Corte esclude così ogni possibile equiparazione tra prestazione «effettiva» e prestazione «utilizzabile» (perché regolarmente offerta); afferma infatti la Corte che, ove il datore di lavoro non ottemperi all'ordine di reintegrazione, l'indennità risarcitoria che è tenuto a corrispondere al lavoratore è correlata a una sua «condotta *contra ius*» (un illecito «istantaneo a effetti permanenti»), «non a una prestazione di attività lavorativa da parte del dipendente».

(25) Nel testo dell'art. 36 la sufficienza è tarata non sulle sole esigenze del singolo prestatore di lavoro, ma sui bisogni del lavoratore come parte di una famiglia alla quale deve essere assicurata «un'esistenza libera e dignitosa»). Il riferimento alla famiglia

la retribuzione, ma altri istituti, di carattere previdenziale, come gli assegni per il nucleo familiare, o come altre misure di sostegno del reddito della famiglia (come il reddito di inclusione o il reddito di cittadinanza) (26).

Ora, se si guarda alla retribuzione come mero corrispettivo del lavoro prestato, l'osservazione è corretta; se si guarda invece alla retribuzione come disciplinata insieme dalle regole della proporzionalità e della sufficienza, e si attribuisce alla sufficienza quel valore sociale che la stessa dottrina prevalente le attribuisce, non appare più ultronea la considerazione del lavoratore come parte di una famiglia, la cui condizione in molte circostanze dipende proprio dalla retribuzione di uno dei componenti del nucleo familiare. Peraltro, la formulazione della regola costituzionale della sufficienza della retribuzione allude alla necessità che la retribuzione non scenda al di sotto della soglia minima necessaria per garantire condizioni di vita «decenti» (cioè rispettose della libertà e della dignità delle persone): condizioni alle quali non è certo estranea la considerazione della situazione della famiglia (su cui non a caso si misura la povertà assoluta e relativa).

Per concludere: che si giudichi convincente o no la ricomposizione delle regole costituzionali di proporzionalità e sufficienza in una nozione unitaria di retribuzione, non si può evitare di tener conto del fatto che questa ricomposizione trova sicuro riscontro nella giurisprudenza sull'art. 36, comma 1, Cost. I giudici formulano per lo più una regola unitaria di «adeguatezza» della retribuzione, mettendo appunto insieme proporzionalità e sufficienza; nel valutare in concreto l'adeguatezza della retribuzione spettante ai lavoratori, i giudici fanno infatti riferimento non alle retribuzioni minime stabilite dai contratti collettivi (retribuzione sufficiente), bensì ai compensi fissati dai contratti collettivi per le qualifiche proprie dei singoli lavoratori (retribuzione proporzionale), avallando «un'applicazione integrata della norma costituzionale sulla retribuzione nei due aspetti della sufficienza e della proporzionalità» (27) (entrambi valutati alla stregua delle indicazioni della contrattazione collettiva). Anche se poi, nell'uso del para-

è frutto del compromesso tra cattolici e laici progressisti in Assemblea Costituente: sul dibattito in Sottocommissione cfr. Faleri 2014. Il riferimento è presente anche nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), art. 23.3 («La remunerazione deve assicurare a ogni individuo e alla sua famiglia un'esistenza conforme alla dignità umana e integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale»), e non invece nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che riconosce al lavoratore solo il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. 31.1), mentre dedica alla protezione della famiglia e alla conciliazione tra vita familiare e professionale l'articolo 33.

(26) Così anche Roccella 1986, 89-90.

(27) Treu 2010, 666.

metro contrattuale di riferimento, la valutazione in termini di sufficienza finisce spesso per prevalere sulla valutazione della proporzionalità.

3. — *Il salario minimo: un'idea che viene da lontano* — Le più accreditate interpretazioni dell'art. 36, comma 1, Cost., giustamente istituiscono una stretta connessione tra retribuzione sufficiente e salario minimo (sia esso legale o contrattuale), in sostanza assegnando alla regola costituzionale della sufficienza il significato della garanzia ai lavoratori di un minimo vitale (perciò detto anche «minimo costituzionale»).

Sarebbe però far torto alla storia pensare che sia solo con la Costituzione che il salario minimo è entrato a far parte del nostro orizzonte. Di salario minimo si discute infatti dagli inizi del Novecento, quando ha cominciato a farsi strada l'idea che un intervento dello Stato o dei sindacati dovesse correggere i livelli salariali determinati dagli equilibri spontanei del mercato. Senza riproporre qui una ricostruzione dei precedenti più remoti (dalla dottrina sociale della Chiesa, alle proposte avanzate dai coniugi Webb, fino al *Trade Board Act* inglese del 1909) (28), mi pare meriti di essere richiamata la Convenzione Oil n. 26/1928, affiancata dalla Raccomandazione n. 30. La Convenzione n. 26 (29) imponeva agli Stati ratificanti di «istituire o mantenere metodi che consentano di fissare i saggi minimi di salario per i lavoratori impiegati in certi settori produttivi (in particolare nel lavoro a domicilio) e nei quali difettino norme efficaci per la fissazione dei salari o mediante contratto collettivo o altrimenti e i salari siano eccezionalmente bassi» (30). Il richiamo al lavoro a domicilio non era casuale, essendo questa forma di sfruttamento dei lavoratori una parte importante dello *sweating system* di quei tempi.

All'epoca della ratifica della Convenzione n. 26/1928 (con legge n. 877/1930), l'Italia già conosceva una sorta di salario minimo legale, nella forma del «salario corporativo» (31). Ne parlava (indirettamente) la Dichia-

(28) Si può rinviare alle belle pagine di Roccella 1986, 22 ss. Cfr. anche Magnani 2010; Menegatti 2017.

(29) La Convenzione n. 26 è stata integrata dall'art. 10 della Convenzione n. 117/1962, ratificata dall'Italia con legge n. 657/1962; la successiva Convenzione n. 131/1970 non è stata ratificata dall'Italia.

(30) Lo Stato ratificante era libero di scegliere in quale forma determinare il salario minimo, ma doveva rispettare alcune regole: la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, l'inderogabilità *in peius* del minimo salariale e la vigilanza sulla sua corretta applicazione.

(31) In verità il salario minimo legale esisteva, ma nessuna legge ne parlava esplicitamente: così scriveva Riva Sanseverino, in una piccola ma ricca monografia del

razione XII della Carta del lavoro (32), che – commentava Luisa Riva Sanseverino (1931, 41) – dava «forma legislativa (*sic*) a due precetti economici di importanza fondamentale, che compendiano il pensiero fascista in materia di politica salariale»: la riserva assoluta a favore della contrattazione collettiva (di diritto pubblico ed efficace *erga omnes*) della definizione della misura dei salari (il che implicava la non uniformità delle retribuzioni, differenziate per categorie); la subordinazione del salario individuale a tre fattori: esigenze normali di vita, possibilità della produzione, rendimento del lavoro. Insomma un salario minimo, sì, ma «proporzionato alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro». Di questa proporzionalità dovevano farsi carico le Federazioni nazionali, alle quali la legge sindacale del 1926 attribuiva la competenza (esclusiva e assoluta) a determinare nei contratti collettivi nazionali di categoria efficaci *erga omnes* i trattamenti economici dei lavoratori. Fin qui le ricostruzioni apologetiche dell'epoca; ma il salario minimo corporativo – ha osservato Roccella – costituiva un tetto sempre derogabile *in peius* dai successivi contratti collettivi (come effettivamente avvenne) e dalle sentenze della Magistratura del lavoro, e nella pratica era largamente violato dai datori di lavoro (33).

La distanza che separa la Dichiarazione XII della Carta del lavoro dall'art. 36 Cost. è tanto grande che non vale neppure la pena di sottolinearla. Può dunque sorprendere che qualcuno abbia potuto ravvisare una continuità ideale tra il saggio di salario minimo previsto dalla Convenzione n. 26, la Dichiarazione XII della Carta del lavoro del 1927, e il sostegno della giurisprudenza (via art. 36 Cost.) alla estensione *erga omnes* degli standard negoziati in sede collettiva (34). La tesi è basata su una pregiudiziale lettura fortemente restrittiva dell'art. 36, a mio avviso errata. Ma non è del tutto insensata: a patto però di precisare che questa giurisprudenza, indubbiamente «creativa», si è sviluppata nel contesto della mancata attuazione dell'art. 39, commi 2-4, Cost., che avrebbe garantito la presenza di una contrattazione collettiva nazionale di categoria efficace *erga omnes*, e nel silenzio del legislatore, che ha continuato ad affidare a una contrattazione priva

1931, nella quale ricostruiva il «principio del salario minimo che deve essere ed è tacitamente contenuto nella dottrina fascista» (3).

(32) «L'azione del sindacato, l'opera collettiva degli organi corporativi e la sentenza della Magistratura del lavoro garantiscono la corrispondenza del salario alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro. La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale e affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi».

(33) Roccella 1986, 45 ss.

(34) Ichino 2010.

di efficacia generale il compito di dare concreta applicazione alle regole fissate dall'art. 36, contando appunto sulle virtù dell'opera «*praeter legem*» (così la chiama Treu) (35) dei giudici.

3.1. — *Il modello italiano postcostituzionale di salario minimo* — Secondo questa creativa giurisprudenza consolidata da oltre 60 anni, e troppo nota per essere ancora una volta riepilogata in questa sede, ai fini della determinazione della «giusta (o adeguata) retribuzione» (insieme proporzionale e sufficiente) di cui all'art. 36 Cost., costituisce un «parametro di riferimento» (non vincolante per il giudice) il contratto collettivo di categoria non applicabile nella specie. Grazie ai giudici, nei tanti casi in cui il contratto collettivo (di cui la giurisprudenza ha da sempre affermato l'inderogabilità ai sensi dell'art. 2077 c.c.) non sia applicabile, la «via italiana» al salario minimo è passata sin qui attraverso l'applicazione indiretta a livello individuale dei contratti collettivi di categoria (solo in rare occasioni viene preso in considerazione come parametro di riferimento il contratto collettivo aziendale).

Benché la giurisprudenza sull'art. 36 sia oggetto di molte critiche (36), la dottrina sottolinea come l'orientamento della giurisprudenza consenta di valorizzare lo stretto collegamento tra gli artt. 36 e 39 Cost., affidando appunto all'autonomia collettiva la funzione di determinare i livelli salariali minimi.

La via giudiziale al salario minimo è però tutt'altro che sicura, per quattro diverse ragioni.

Prima ragione: ciò che i giudici prendono in considerazione non è il trattamento economico complessivamente previsto dal contratto collettivo (in relazione alla qualifica e all'orario di lavoro del ricorrente), ma il «minimo tabellare», con ciò in sostanza riducendo l'adeguatezza (che pure, come ho detto, tiene insieme proporzionalità e sufficienza della retribuzione) a un «minimo costituzionale», che non risponde alle regole costituzionali: perché minimo non significa necessariamente sufficiente, e non significa neppure proporzionale, giacché la valutazione in termini di proporzionalità richiede che si prendano in considerazione altre componenti della retribuzione, oltre il minimo tabellare.

Seconda ragione: anche laddove i Ccnl esistono, l'applicazione delle retribuzioni tabellari non è garantita. Secondo la giurisprudenza, i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva costituiscono un parametro

(35) Treu 1979.

(36) Vd. specialmente Persiani 1998.

«non vincolante» per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.: il giudice può pertanto discostarsi dalle scelte compiute dalla contrattazione collettiva. Non mancano, infatti, decisioni della Cassazione che autorizzano il giudice a rivedere (al ribasso) il minimo tabellare, valutando discrezionalmente, nel caso concreto, proporzionalità e sufficienza della retribuzione in relazione a una serie di fattori, come la dimensione e la situazione economica dell'impresa, il mercato territoriale del lavoro, il costo della vita e altro ancora. Dunque il parametro di riferimento è incerto e lasciato alla valutazione discrezionale del giudice, con tutto ciò che questo comporta.

Terza ragione (certo non meno importante delle due precedenti): l'applicazione della retribuzione minima contrattuale non è automatica, perché deve essere richiesta al giudice dal lavoratore; il lavoratore debole resta perciò soggetto al potere discrezionale del datore di lavoro: si calcola che il 20% dei lavoratori a tempo pieno sia pagato meno dei minimi tabellari (37).

Quarta ragione. L'efficacia limitata (non *erga omnes*) dei contratti collettivi non è il solo problema: un problema di grandi dimensioni, confermato dai dati diffusi di recente dal Cnel, è la presenza di una nuova contrattazione collettiva (stimata intorno ai 2/3 dei quasi 900 Ccnl depositati). Si tratta spesso di contratti «pirata», stipulati tra organizzazioni datoriali e sindacati poco rappresentativi (specialmente nel settore dei servizi), al ribasso e concorrenti – anche mediante il ritaglio dell'ambito di applicazione – rispetto ai Ccnl di categoria stipulati da parti rappresentative (su entrambi i fronti). I contratti pirata contribuiscono a erodere la copertura dei Ccnl di categoria e dei minimi retributivi, rendendo anche più difficile il compito del giudice chiamato a valutare la conformità della retribuzione ai canoni di proporzionalità e sufficienza fissati dall'art. 36 Cost. (38).

Un rimedio potrebbe essere ravvisato nell'estensione da parte dei giudici, mediante interpretazione «costituzionalmente orientata», del *dictum* della Corte costituzionale, che nella sentenza n. 51/2015, relativa ai soci lavoratori delle cooperative, ha ritenuto legittima la disposizione che impone come parametro di riferimento per il trattamento economico i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul

(37) Lucifora 2017, 416. Un'applicazione indiretta, ma automatica, dei contratti collettivi (stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale) si verifica solo nel calcolo dei contributi previdenziali e assistenziali. Tuttavia (anche a prescindere dall'evasione contributiva) può non esservi corrispondenza tra base di calcolo dei contributi e retribuzione effettiva.

(38) Cfr. Olini 2017.

piano nazionale. Ma sono rilevanti gli ostacoli giuridici che si oppongono all'applicazione da parte del giudice al di fuori della fattispecie oggetto della decisione della Corte: primo fra tutti il principio della libertà dell'organizzazione sindacale di cui all'art. 39, comma 1, con le sue implicazioni in ordine all'autonomia nella definizione della categoria rappresentata (e dunque dell'ambito di applicazione del contratto collettivo) (39).

4. — *Una nuova fase della discussione sul salario minimo* — Fin qui il salario minimo in Italia è stato quello garantito dall'uso giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. Come ho segnalato sopra, nel dibattito apertosi in questi ultimi tempi sul tema della povertà e dei lavoratori poveri, l'attenzione si è focalizzata sul cosiddetto reddito di cittadinanza, costoso e controverso cavallo di battaglia del M5S, mentre il salario minimo, dopo essere assunto agli onori del dibattito politico per un breve periodo, è tornato a inabissarsi, come un fiume carsico; ma appunto come un fiume carsico di recente è di nuovo ricomparso (*retro*, par. 2, testo e note).

Dopo anni di silenzio, il dibattito politico e giuridico aveva conosciuto un ritorno di fiamma a seguito della emanazione della legge delega n. 183/2014 (cd. *Jobs Act*), che prevedeva (art. 1, comma 7, lett. g) l'introduzione del Sml (nella forma del compenso orario minimo: Com), ma limitata ai soli settori «non regolati» dai contratti collettivi. La previsione aveva suscitato molti interrogativi (*infra*, par. 5), rimasti privi di risposta, perché, come è noto, la delega non è stata esercitata. L'interesse è dunque tornato a scemare. La discussione sul Sml aveva ripreso fiato nel periodo che ha preceduto le ultime elezioni politiche (svoltesi il 4 marzo 2018), grazie anche al rilancio dell'argomento in campagna elettorale (40). Ma si è trattato di un fuoco di paglia; vedremo se quello riacceso in questi giorni (marzo 2019) sarà meno effimero.

Tutte le proposte di Sml avanzate sin qui hanno in comune la previsione di una retribuzione oraria minima garantita, fissa ed eguale su tutto il territorio nazionale, secondo il modello più diffuso nei paesi europei nei quali è presente il Sml: il riferimento all'ora (anziché alla giornata lavorativa, o addirittura a un periodo di paga più lungo) ne rende più facile l'applicazione anche al di fuori dell'area del lavoro subordinato (come nel caso del Regno Unito) e soprattutto non interferisce con le discipline flessibili

(39) *Amplius* sulla questione: Ballestrero 2018, 254 ss.

(40) Matteo Renzi aveva proposto un Sml orario di 9 Euro. Ancor prima, l'argomento era stato rilanciato dal M5S (nel d.d.l. n. 1148/2013 sul reddito di cittadinanza, l'art. 19 prevedeva l'introduzione del Sml, fissato a 9 Euro l'ora).

degli orari di lavoro e neppure dei *mini-jobs*, largamente consentiti dalle legislazioni del lavoro vigenti.

Contro l'ipotesi di salario minimo fisso ed eguale (almeno per i lavoratori adulti), sulla quale si registra un'ampia convergenza tra coloro che vedono con favore l'intervento della legge (ma alla convergenza sull'*an* corrisponde la divergenza sul *quomodo*), si è levata la critica di Pietro Ichino (41), che da tempo insiste sulla necessità di tornare a differenziare le retribuzioni anche per territorio. Certo, la critica segnala il problema reale delle forti differenze che corrono tra nord e sud del paese; ma la stessa idea di un intervento sul salario minimo differenziato per aree territoriali si scontra contro la convinzione diffusa, e a mio giudizio corretta, che a esso si oppongano le regole costituzionali di portata generale contenute nell'art. 36 Cost., che debbono essere lette nel combinato disposto con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost., comma 1, ma anche comma 2) (42).

5. — *Salario minimo legale. Sì, ma come?* — Le ragioni che militano a favore dell'introduzione del Sml stanno nei dati sommariamente riportati sopra sulla massa di *working poors* e sul vasto fenomeno della *in-work poverty*, tra le cui cause (oltre alla precarizzazione e frammentazione del lavoro) devono annoverarsi: i bassi salari nelle aree non coperte dai Ccnl stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali rappresentative; la (rilevante) violazione dei Ccnl, accettata dai lavoratori privi di potere negoziale e non contrastata da un adeguato sistema di vigilanza. A opporsi all'introduzione del Sml sono stati soprattutto i sindacati dei lavoratori; ma non solo, perché anche dalla parte dei datori di lavoro vengono obiezioni pesanti, di segno non troppo diverso.

Merita anzitutto precisare che un intervento del legislatore che introdu-

(41) Secondo Ichino (2010, 741), «la scelta di imporre uno standard di trattamento minimo unico sul piano nazionale implica che si accetti la chiusura delle aziende meno produttive delle regioni più deboli e si attivino rilevanti flussi migratori da queste regioni verso quelle più forti». Lo scenario evocato appare eccessivamente pessimistico. Concorde sulla piena legittimità di un Sml differenziato per territorio Menegatti (2017, 168 ss.).

(42) Per superare le possibili obiezioni basate proprio sull'art. 3, comma 1, Cost. si può rilevare che, da un lato, valgono per il Sml le stesse ragioni di uniformità dei trattamenti per cui l'art. 117 Cost. riserva allo Stato la disciplina legale dei rapporti di lavoro; d'altro lato, ammesso che il costo della vita al Sud sia sempre inferiore rispetto al Nord (il che non è sempre vero: occorre infatti distinguere grandi e piccoli centri, accessibilità a diverse categorie di beni e servizi e così via), un Sml uguale su tutto il territorio nazionale svolgerebbe, proprio laddove il lavoro è più povero, quella funzione di promozione sociale che può ricondursi all'art. 3, comma 2, Cost.

cesse anche in Italia, come già avviene in altri paesi, il Sml sarebbe non solo legittimo, ma conforme alla regola della sufficienza della retribuzione dettata dall'art. 36 Cost. La nostra Costituzione non contempla una riserva esclusiva di competenza in materia salariale a favore della contrattazione collettiva: lo ha detto con chiarezza la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 106/1962 sulla proroga della legge Vigorelli e in altre varie occasioni, legittimando l'intervento dello Stato quando siano in gioco interessi generali che trascendono gli interessi, pur sempre «particolari», perseguiti dalla contrattazione collettiva (43). La riserva non è esclusiva, ma le ragioni dell'intervento statale devono essere bilanciate con la tutela della libertà sindacale: lo ha detto ancora la Corte, nella sentenza n. 178/2015. A fronte delle disposizioni legislative che prolungavano il blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico, la Corte ha ravvisato nella determinazione delle retribuzioni uno «spazio costituzionalmente tutelato» per la contrattazione collettiva (44), costringendo il Governo allo sblocco della contrattazione.

Il legislatore potrebbe dunque intervenire ove valutasse l'intervento legislativo necessario per la tutela di un interesse generale, come certamente può ritenersi il contrasto alla povertà e alla pratica dei bassi salari che ne sono una concausa; tutela che il sistema contrattuale vigente non è in grado di garantire.

Come ho ricordato sopra, prospettive concrete di intervento si erano aperte con la legge delega n. 183/2014 (cd. *Jobs Act*) (45). La delega non è stata esercitata ed è decaduta; ma la previsione in quella legge di un Sml limitato ai soli settori «non regolati» dai contratti collettivi aveva aperto molti interrogativi sui quali vale ancora la pena di riflettere quando si ipotizza un intervento legislativo.

Anzitutto, occorre tenere presente che, anche nei settori (ma sarebbe più corretto parlare di «categorie») dove sono presenti i contratti collettivi,

(43) Sulla giurisprudenza della C. cost. vd. l'attenta ricostruzione di Zoppoli 2018, 387 ss.

(44) Cfr. Zoppoli 2018, 390 ss., e ivi il lungo commento alla sentenza. Secondo Delfino (2019, 48 ss.), la Corte ha nettamente privilegiato la contrattazione collettiva, in sostanza assegnando al legislatore un ruolo al massimo di sostegno.

(45) L'art. 1, comma 7, lett. g, prevedeva l'introduzione, «eventualmente anche in via sperimentale», del compenso orario minimo, applicabile anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, «nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

tali contratti non sono dotati di efficacia *erga omnes*, e di conseguenza possono non essere applicati dai datori di lavoro non iscritti alle organizzazioni stipulanti. Dunque che il settore sia regolato dal contratto collettivo non significa che il contratto collettivo sia anche applicato, e neppure può parlarsi tecnicamente di applicazione del contratto collettivo nel caso dell'applicazione indiretta della parte salariale a opera della giurisprudenza di cui ho brevemente detto sopra.

In secondo luogo, non ci si possono nascondere le difficoltà cui andrebbe incontro la coesistenza tra salario minimo contrattuale (per i settori regolati dal contratto collettivo, ma meglio: per i casi nei quali il contratto sia effettivamente applicato) e Sml. La coesistenza tra salari minimi di diversa fonte creerebbe un sistema «duale»: sistema non illegittimo (perché, come ho detto, l'art. 39 Cost. non assegna competenza esclusiva all'autonomia collettiva in materia salariale), ma dal quale si teme possano derivare conseguenze negative sui già difficili assetti della contrattazione collettiva.

Il problema dell'eventuale impatto negativo sulla «tenuta» della contrattazione collettiva (soprattutto dei Ccnl) è alla base della tradizionale opposizione dei sindacati all'introduzione del Sml. Infatti, ove il Sml fosse inferiore al salario contrattuale mediano, i datori di lavoro potrebbero essere indotti alla «fuga» dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, cosicché la legge finirebbe per deprimere la funzione della contrattazione nazionale come fonte privilegiata della definizione dei livelli salariali. Ove fosse superiore, sarebbero i lavoratori a non essere interessati alla copertura contrattuale, e questo potrebbe comportare il calo del tasso di sindacalizzazione. I sindacati dei lavoratori temono, oltre alla perdita di iscritti, la perdita di ruolo del contratto nazionale come fonte privilegiata del trattamento economico minimo; le associazioni dei datori di lavoro temono un Sml troppo alto non sostenibile dalle imprese minori; anche loro, come i sindacati, temono comunque l'aggravarsi della perdita di ruolo e di iscritti già in atto.

Queste obiezioni paiono superabili a quanti esprimono parere favorevole all'introduzione del Sml: oltre ad assicurare protezione ai lavoratori più deboli (l'obiettivo di porre un argine alla deriva dei bassi salari non è di poco conto) (46), si ritiene che il Sml potrebbe costituire un fattore di accelerazione del processo di riorganizzazione del sistema contrattuale, favorendo un decentramento contrattuale capace (mediante aumenti salariali aziendali legati alla produttività) di superare gli effetti economici negativi

(46) Lo sottolinea Lucifora (2017, 401).

(la sommatoria dei trattamenti) di un sistema contrattuale articolato, come il nostro, su due livelli (*two-tier system*).

Ma, come ha osservato Dell'Aringa (47), benché l'ipotesi che l'introduzione del Sml indebolisca il ruolo dei sindacati e delle associazioni datoriali non sia suffragata dalla ricerca empirica (il caso della Germania dimostra se mai il contrario) (48), è tuttavia un dato di fatto che questa convinzione è largamente diffusa all'interno delle parti sociali del nostro paese. Le quali ultime, infatti, mostrano di fare affidamento sull'autosufficienza della disciplina contrattuale dei salari. Il recente Accordo (denominato «patto della fabbrica») stipulato da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria, oltre a porsi l'obiettivo di disboscare la giungla contrattuale, «pesando» finalmente anche la rappresentatività delle associazioni datoriali, e garantendo per questa via una maggiore estensione ai Ccnl di categoria (o settore) stipulati da parti rappresentative, fissa nuove regole in materia salariale che dovrebbero favorire il decentramento contrattuale nell'ambito di un *two-tier system* organizzato (49).

Le resistenze sussistono, malgrado le aperture registratesi di recente. Proposte serie e credibili potrebbero tuttavia agevolare il raggiungimento dell'obiettivo di dotare anche il nostro paese di uno strumento di contrasto alla *in-work poverty*, che ha dimostrato una indubbia utilità in altre esperienze giuridiche (50). Tra queste proposte mi pare meriti attenta considerazione quella di un intervento legislativo «leggero», che preveda «che il parametro della retribuzione non possa essere inferiore al trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (51).

(47) Dell'Aringa, 2017, 446; cfr. anche Lucifora 2017, 401.

(48) Sul modello tedesco di Sml cfr. Corti 2014. Un quadro sui sistemi adottati in Europa in Menegatti (2017, e ivi riferimenti).

(49) L'accordo introduce la distinzione tra trattamento economico minimo (di seguito, Tem: minimi salariali variabili secondo l'indice Ipca, definiti a livello nazionale di categoria) e trattamento economico complessivo (di seguito, Tec): nel Tec entrano i minimi, le componenti aggiuntive (incluso il *welfare*) eguali per tutti a livello nazionale di categoria, nonché le componenti eccedenti la somma di Tem + Tec nazionali, negoziate a livello aziendale. Non è improbabile che i giudici, in linea di continuità con il passato, considerino il Tem il parametro della retribuzione «adeguata».

(50) Vd. le proposte di Sml avanzate dalla rivista *DLM*, 2014, da Bellavista 2014, e da Menegatti (2017), che dedica una giusta attenzione ai modelli già sperimentati in Europa. Interessanti proposte alternative al Sml sono avanzate da Dell'Aringa 2017.

(51) Pascucci 2018, 105. Secondo l'Autore, un intervento di questo tipo, rispettoso anche della tradizione giurisprudenziale, avrebbe il vantaggio di un rinvio «mo-

Convengo con l'Autore della proposta che un intervento di questo tipo sarebbe rispettoso dell'autonomia collettiva e della competenza delle parti sociali in materia salariale e avrebbe il vantaggio di dare flessibilità al Sml mediante il rinvio mobile alla contrattazione di categoria. Convengo inoltre che sarebbe in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 51/2015, in ordine alla individuazione come parametro di riferimento di un solo contratto collettivo «qualificato» a fronte di una pluralità di contratti per una stessa categoria. Resta però aperto l'interrogativo sulla compatibilità di un intervento legislativo di questo tipo con l'art. 39, commi 1 e 4: infatti, quando è il legislatore a imporre in via generale (e non più per casi particolari e specifici, come le cooperative, o – al limite – come clausola sociale negli appalti pubblici) un determinato contratto come parametro obbligato per la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente, l'*escamotage* del riferimento indiretto non è più credibile, perché la parte salariale di quel contratto, assumendo il ruolo di minimo inderogabile uniforme nella categoria, è estesa *erga omnes* (52). Temo che a superare i dubbi di legittimità costituzionale non sia sufficiente invocare il bilanciamento tra la libertà sindacale dei datori di lavoro e i diritti dei lavoratori sanciti dall'art. 36.

6. — *In conclusione* — Credo che un intervento legislativo, pur nel rispetto delle competenze dell'autonomia collettiva, sia ormai necessario, ma credo anche che la risposta alla domanda se l'introduzione del salario minimo legale sia sufficiente a cancellare la *in-work poverty* sia negativa, alme-

bile» dalla legge ai minimi tabellari fissati dalla contrattazione collettiva nazionale, e terrebbe insieme sufficienza e proporzionalità della retribuzione: ciò che rappresenterebbe un indubbio vantaggio rispetto a un salario minimo legale eguale per tutti e indifferenziato, che dovrebbe comunque rinviare alla contrattazione collettiva la definizione del trattamento economico proporzionale oltre la soglia minima della sufficienza. Contrario alla differenziazione del Sml per categoria Menegatti (2017, 156 ss.); peraltro, nei paesi in cui il sistema di contrattazione è sviluppato, il Sml è in genere intercategoriale.

(52) La proposta discussa nel testo ha trovato eco nel d.d.l. presentato in Senato dal M5S (Senato, n. 658, cit. *retro*, nota 9), ma solo parzialmente, perché il d.d.l. combina un Sml fisso, come soglia retributiva minima inderogabile, e un salario contrattuale variabile non inferiore a quello previsto dal Ccnl di categoria stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi (rinviando al T.U. sulla rappresentanza del 2014 la determinazione delle modalità di calcolo della rappresentatività); salario che ovviamente deve essere superiore al minimo legale. A me pare che anche il d.d.l. si esponga al rischio di conflitto con l'art. 39, commi 1 e 4, Cost.; mi auguro perciò che il Parlamento, quando e se lo discuterà, abbia la possibilità di apportare al testo le molte correzioni necessarie.

no se il Sml consiste in un compenso orario (sia pure inderogabile *in peius*). Per quanto riguarda il lavoro subordinato, i maggiori problemi del lavoro povero si collocano infatti a monte del salario, e trovano causa nelle politiche del lavoro degli anni duemila con le quali si è data risposta al grande problema della trasformazione del lavoro che determina l'emorragia dei posti di lavoro dignitoso (53); risposta che essenzialmente consiste nella moltiplicazione delle possibilità di occupare sempre meno lavoratori (la flessibilità gestionale, che consente di intensificare il lavoro, aumentando l'orario, e la flessibilità in uscita, che rende facili e poco costosi i licenziamenti) e di occupare i lavoratori in lavori e lavoretti marginali, come quelli ricondotti nel largo seno della *gig economy*. In più, molti di questi lavori sono qualificati come autonomi (come nel controverso caso dei *riders* di Foodora) e, per tradizione interpretativa, restano fuori dal campo di applicazione dell'art. 36 Cost. (54), anche se si accentua l'interesse alla definizione di un compenso equo anche per i lavoratori in condizioni di dipendenza economica dal committente.

Certo, il Sml potrebbe contribuire a rendere il lavoro (almeno quello emerso) meno povero; ma la retribuzione oraria minima (indisponibile e inderogabile) fa crescere i salari troppo bassi (specie se soggetta a meccanismi di adeguamento come lo Smic francese), ma non è un rimedio alla povertà da lavoro. Anche, poniamo, 9 Euro l'ora, quando si riesce a lavorare solo qualche ora la settimana se va bene, non risolvono il problema: il lavoro in sé è meno povero, ma il lavoratore (occupato) continua a essere povero.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (1985), *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Ballestrero M.V. (2018), *Diritto sindacale*, VI ed., Giappichelli, Torino.
- Ballestrero M.V., Guastini R. (2017), *Dialogando su principi e regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 127 ss.
- Bellavista A. (2014), *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 741 ss.
- Bellomo S. (2002), *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino.

(53) L'emorragia colpisce, a fronte della meccanizzazione della produzione, oltre ai lavori meno qualificati, la fascia della media specializzazione; così Ferrante 2016, 447.

(54) Sulla problematica dell'equo compenso per i collaboratori coordinati e continuativi e per i lavoratori autonomi dopo la l. n. 81/2017, cfr. ancora Pascucci 2018, e ivi riferimenti.

- Bellomo S. (2017), *La retribuzione*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, VII ed., Utet, Wolters Kluwer Italia, 921 ss.
- Buoso S. (2018), *Inclusione sociale, livelli di governo, strumenti di intervento*, in *LD*, 589 ss.
- Corti M. (2014), *La nuova legge sul salario minimo: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *DLM*, 637 ss.
- D'Antona M. (1984), *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in *DLRI*, 289 ss., ora in *Opere*, vol. III, a cura di Caruso B., Sciarra S., Giuffrè, Milano, 2000, 983 ss.
- D'Antona M. (1986), *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in *RGL*, n. 3, I, ora in *Opere*, vol. III, a cura di Caruso B., Sciarra S., Giuffrè, Milano, 2000, 1021 ss.
- Dell'Aringa C. (2017), *Dai minimi tabellari ai salari di garanzia*, in Dell'Aringa C. et al. (a cura di), *Salari, produttività, diseguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna, 437 ss.
- Dell'Aringa C. et al. (2017) (a cura di), *Salari, produttività, diseguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna.
- Delfino M. (2019), *Salario legale, contrattazione e concorrenza*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Faleri C. (2014), *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in Gaeta L. (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, Roma, 166 ss.
- Ferrante V. (2016), *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *RDSS*, 447 ss.
- Garnero A. (2018), *Chi ha paura del salario minimo*, in *www.lavoce.info*, 16 gennaio.
- Ichino P. (2010), *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *RIDL*, I, 719 ss.
- Lucifora C. (2015), *Lavoratori a basso reddito, penalizzate le famiglie*, in *Vita e pensiero*, n. 2, 60 ss.
- Lucifora C. (2017), *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in Dell'Aringa C. et al. (a cura di), *Salari, produttività, diseguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna, 401 ss.
- Magnani M. (2010), *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, I, 769 ss.
- Marinelli M. (2011), *La retribuzione proporzionata e sufficiente nel pensiero di Tiziano Treu*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. II, Jovene, Napoli, 913 ss.
- Menegatti E. (2017), *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, Torino.
- Olini G. (2017), *Invertire la tendenza alla proliferazione dei contratti nazionali di lavoro*, in Dell'Aringa C. et al. (a cura di), *Salari, produttività, diseguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna, 487 ss.
- Pascucci P. (2018), *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo?*, FrancoAngeli, Milano.
- Perone G., D'Andrea A. (2009), *La retribuzione*, in Vallebona A. (a cura di), *I Contratti di lavoro*, in Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, t. I, Utet giuridica, Wolters Kluwer Italia, 707 ss.

- Persiani M. (1998), *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in *Quaderni di ADL*, n. 2, 31 ss., ora in Persiani M., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 653 ss.
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 163.
- Riva Sanseverino L. (1931), *Salario minimo e salario corporativo*, Anonima romana editoriale, Roma.
- Roccella M. (1986), *I salari*, il Mulino, Bologna.
- Stiglitz J.E. (2018), *Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica*, Laterza, Bari.
- Treu T. (1979), *Sub art. 36*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, t. I, Artt. 35-40, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 72 ss.
- Treu T. (2010), *Le forme retributiva incentivanti*, in *RIDL*, I, 637.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Zoppoli L. (2018), *La retribuzione*, in Curzio P. et al. (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 327.
- Zagrebel'sky G. (2008), *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna.

ABSTRACT

Nel saggio, l'Autore affronta la controversa questione della introduzione in Italia del salario minimo legale, come misura di contrasto alla povertà e, in particolare, al vasto fenomeno della in-work poverty. La riflessione parte dalla ricostruzione dell'interpretazione e applicazione in giudizio dell'art. 36 Cost., e si svolge attraverso l'analisi delle questioni giuridiche che devono essere risolte per realizzare un intervento legislativo efficace, ma anche rispettoso delle competenze che la Costituzione riserva alla contrattazione collettiva in materia di determinazione dei salari.

FAIR REMUNERATION AND MINIMUM WAGE

In this essay, the Author focuses on the controversial issue of the possible introduction into the Italian legal system, by means of a legislative act, of a minimum wage rule, as a measure of contrast to poverty and, in particular, to the vast phenomenon of in-work poverty. The analysis starts by reconstructing the interpretation and application in Courts of art. 36 of the Italian Constitution, and develops discussing the legal issues that need to be resolved before in view of a legislative intervention being, at the same time, effective and respectful of the competences that the Italian Constitution reserves to collective bargaining in wage matters.

Lara Lazzeroni (*)

PARITÀ DI TRATTAMENTO E DIVARIO RETRIBUTIVO (DI GENERE)

SOMMARIO: 1. La parità di trattamento tra consolidamento e prospettive. — 2. La regola paritaria retributiva nella dimensione di genere. — 3. Il divario retributivo di genere: tra prospettive di controllo e rimediali. — 4. Lavori atipici, genere e parità di trattamento retributivo.

1. — *La parità di trattamento tra consolidamento e prospettive* — Trattare della parità di trattamento retributivo nel lavoro privato impone di affacciarsi in una dimensione storica del diritto del lavoro, che tuttavia si riscopre, ancora oggi, niente affatto statica, anzi particolarmente diacronica, e non solo per le molteplici prospettive di analisi, *anche* giuridiche, che il tema inevitabilmente implica. La partita giudiziaria sulla parità nel trattamento retributivo dei lavoratori privati, risolta da un quarto di secolo con l'enunciazione dell'assenza di una regola di parificazione, continua a essere indefettibile antifatto per chi si occupi di retribuzione e di diritto antidiscriminatorio. Le risposte negative di Cassazione del 1993 (1), nell'essere, ancora oggi, *incipit* espositivo in gran parte dei contributi dedicati alla parità di trattamento retributivo (2), inducono a ritenere che l'enunciato della Corte, pur fermo che possa apparire dal punto di vista dell'esito valutativo, esprima ancora molto dinamismo nella combinazione dei principi di eguaglianza (artt. 3 e 36 Cost.), giustizia (*alias*: ragionevolezza, *ex* art. 3 Cost.) e libertà (art. 41 Cost.) (3).

(*) Professoressa aggregata di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena.

(1) Cfr. Cass. 29.5.1993, n. 6030, S.U., e le altre rese alla stessa udienza (in *RGL*, 1993, II, 500 ss.), ha originato una giurisprudenza consolidata (ad es.: Cass. 17.5.1996, n. 4570, S.U., in *RIDL*, 1996, II, 765 ss.; Cass. 27.5.2004, n. 10195, in *GCM*, 2004, n. 5), invece altalenante nel triennio precedente in ragione di C. cost. 9.3.1989, n. 103 (in *RGL*, 1989, II, 7 ss., con nota di Natoli).

(2) Tra gli innumerevoli studi degli anni novanta, cfr., in particolare: Barbera 1991, 269 ss.; Santucci 1994, 456.

(3) Lazzeroni 2011, spec. 235-240.

Il tema vanta una notevole vitalità nelle aule di giustizia anche laddove la remunerazione del ricorrente corrisponda a quanto pattuito: una vitalità dovuta alla tendenza al confronto tra colleghi e che porta a invocare l'eguagliamento *tout court*, l'eguagliamento «a prescindere», in quanto ritenuto «giusto» a dispetto del suo contrario. Sono stati in effetti invocati l'art. 2077 c.c., il diritto internazionale, la proporzionalità prevista dall'art. 36 Cost. (da cui far discendere il vincolo a trattamenti equivalenti) (4) e, soprattutto, le clausole di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), con cui affermare, se pur in via minoritaria (5), un obbligo datoriale di motivazione del trattamento differenziale che, se discrezionale, sfocerebbe nell'irragionevolezza, nell'arbitrarietà, e quindi nella «discriminatorietà».

A dispetto di tali tentativi, tuttavia, resta il dato di un orientamento giurisprudenziale che scoraggia l'estensione della tutela paritaria; con esiti importanti, attesa la riduzione del contenzioso in argomento nel volgere degli ultimi anni.

Se dunque la constatazione dell'assenza di una regola paritaria *tout court* rappresenta il punto di approdo della giurisprudenza (6), il tema della creazione (e del relativo governo) delle categorie di soggetti all'interno delle quali far operare la regola paritaria (di categorie di soggetti che costituiscono i parametri di riferimento del giudizio egualitario) è presupposto e confine della questione paritaria.

Da un lato, ricorre infatti l'aspetto della libera definizione per via di contrattazione collettiva dei sistemi di classificazione del personale e dei relativi livelli retributivi. Perché se una regola paritaria esistesse, gli accordi collettivi – già soggetti al principio costituzionale *ex art. 36* – subirebbero un penetrante sindacato del giudice (7), che si assumerebbe legittimato a contestare gli equilibri raggiunti in sede negoziale, delegittimando l'operato sindacale.

(4) Treu 1979, 89 ss.; Perone 1989, 34 ss.

(5) Per quanto originata da C. cost. n. 103/89 (nella parte ritenuta impeditiva, per il datore di lavoro, a esprimere un potere di iniziativa economica in termini di mero arbitrio: Cass. 20.5.2004, n. 9643, in *GCM*, 2004, n. 5; Cass. 17.2.1994, n. 1530, in *GI*, 1995, n. 1, I, 464 ss. Per la prevalente, *ex multis*: Cass. 18.3.2013, n. 6709, in *GCM*, 2013; Cass. 14.3.2006, n. 5506, in *NGL*, 2006, n. 5, 592 ss. In dottrina, in particolare: Rodotà 1969, 11 ss.; Zoli 1988, 212 ss.; Tullini 1990).

(6) Peraltro, la giurisprudenza riconnette alla libera determinazione datoriale dei trattamenti più favorevoli anche l'attribuzione di mansioni superiori con conseguente miglior trattamento retributivo: Cass. 19.7.2007, n. 16015, in *NGL*, 2008, n. 1, 12 ss.

(7) Novella 2012, 285. Cfr. Cass. 19.8.2004, n. 16262, in *GCM*, 2004, n. 7-8; T. Milano 5.7.2000, in *OGI*, 2000, I, 342 ss.

Dall'altro lato, tuttavia, vi è comunque la delimitazione (alla libera determinazione di quelle classificazioni e dei conseguenti trattamenti diversificati) costituita dal complesso del diritto antidiscriminatorio sulla base di fattori protetti dall'ordinamento.

Su tale doppio crinale – quello della definizione dei lavori e dei lavoratori da porre a confronto e quello dei divieti di discriminazione diretta e indiretta – si gioca ancora adesso buona parte della sfida relativa alla parità di trattamento retributivo.

2. — *La regola paritaria retributiva nella dimensione di genere* — L'assenza di una regola sulla parità retributiva ha valenza trasversale. E in effetti l'ordinamento manca non solo di una regola paritaria generale, ma anche di una formalizzazione espressa di regole che impongano la parità di trattamento al di sopra dei minimi retributivi e all'interno delle classificazioni coperte dal principio di eguaglianza, anche di genere. Se il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.* è infatti chiamato a operare *solo* in relazione alle situazioni giuridiche soggettive, quindi in rapporto ai diritti, alle potestà, alle facoltà, ai doveri, ai poteri, non anche in relazione a beni specifici (come la retribuzione, la progressione di carriera, la formazione ecc.) (8), e se è vero, come si sostiene, che l'eguaglianza si muove in una dimensione astratta rispetto alle questioni concrete nelle quali viene comunque spesso invocata (9), solo le regole paritarie sono in grado di assicurare il trasferimento di quel principio dal piano della generalità/astrattezza a quello della particolarità/concretezza. Il precetto paritario può prendere infatti corpo dall'eguaglianza, venendone a costituire il profilo *propositivo* (ovvero *attivo, prescrittivo*) (10), e così rivolgersi, attraverso un comando espresso e imperativo, al soggetto chiamato a garantire un determinato trattamento.

L'eguaglianza, pertanto, non solo è il presupposto per una *limitazione* all'esercizio del potere datoriale attraverso il divieto di discriminazione, ma può assicurare, mediante regole paritarie, un *allargamento* delle garanzie di coloro che sono i possibili bersagli del comportamento discriminatorio, attraverso la predisposizione di una regola imperativa che imponga trattamenti paritari. Per l'effetto, entrambe le formule (del divieto di discrimi-

(8) Lazzeroni 2011, cap. I e 106 ss.

(9) Cfr., in particolare: Pera 1989, 396; Ventura 1984, 13 ss.; Crisafulli 1954, 67 ss. Cfr., tuttavia, Ferraro 1991, 164.

(10) Per l'assenza nel nostro ordinamento di una nozione unitaria del precetto che impone la parificazione nei trattamenti, in particolare Runggaldier 1999, 1081-1082.

nazione e della parità di trattamento) (11) contribuiscono sia a ridurre il potere di dominio del soggetto più forte nei riguardi di quello più debole (tanto che si tratti del datore di lavoro nelle discriminazioni verticali quanto del lavoratore maschio, sano, bianco ecc., in quelle orizzontali), sia, di converso, a garantire l'espansione della *libertà* di quest'ultimo *dal* potere del primo (12).

Se dunque esiste la regola che vieta di discriminare mediante l'adozione di trattamenti retributivi diversificati sulla base del genere di appartenenza, a svantaggio di una categoria rispetto all'altra (13), non altrettanto può dirsi per la regola paritaria: per una regola, cioè, che sia in grado di imporre una parificazione tra due individui di diverso genere per la mera circostanza che tra essi sussiste una differenza retributiva (accrescitiva per l'uno e non per l'altro), laddove non sia possibile rinvenire tra di essi una discriminazione di genere (*alias*: una ragione di genere alla base del diverso trattamento).

Il trattamento differenziale tra uomo e donna resta dunque legittimo; resta assorbito dalla regola generale sull'assenza di una parità di trattamento – pur al cospetto dell'art. 37 Cost. (14) –, salvo che la differenza non origini da, o non determini, una discriminazione.

Particolare menzione meritano, dunque, quelle sentenze rese dalla Corte di Giustizia (15) che affermano, contrariamente all'orientamento della giurisprudenza nazionale prevalente, e oltre il dato normativo, un obbligo di estensione dello stesso trattamento verso i soggetti della categoria sfavorita, laddove sia riscontrata una discriminazione tra due categorie e in nome del principio di eguaglianza. Così imponendo al giudice nazionale l'estensione al gruppo sfavorito dello stesso regime riservato al gruppo speculare.

L'assenza «*normativa*» di una regola paritaria è pertanto divenuta una delle ragioni del persistente *gender pay gap*. Se la parte datoriale può legittimamente praticare un trattamento differenziato purché non discriminato-

(11) In tema, cfr. in particolare, tra l'amplissima letteratura: Ballestrero 1979; Del Punta 1998, 707 ss.

(12) Santucci 1994, 457.

(13) De Simone 2001, spec. 49; Chieco 1989, 474-475. Perplexità sulla distinzione tra parità di trattamento e divieti di discriminazione in Lassandari (2010, 3). Sulla parità come criterio interpretativo vd. Miscione 1981, 135 ss.

(14) Ballestrero 1996, 467 ss.

(15) Tra cui, da ultimo – se pur in riferimento a una discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali –, C. Giust. 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, punti 79-80. Cfr. inoltre C. Giust. 9.3.2017, C-406/15, *Milkova*, punti 66-67.

rio, il tema dell'equilibrio retributivo tra i generi viene a costituire il punto di snodo tra le maggiorazioni retributive, oltre il minimo contrattuale, sorrette dal criterio di libertà e i limiti a trattamenti che si risolvano in una (o siano dovuti a) discriminazione fra i sessi. Non stupisce, in effetti, come il tema della parità retributiva venga indistintamente affrontato da chi si occupa di retribuzione come da chi si occupa di diritto antidiscriminatorio.

In tale prospettiva, i divieti di discriminazione altro non sono che l'eccezione al principio di libertà; altro non sono che lo strumento per arrestare la forma patologica di quel sistema di libertà. Una patologia che tuttavia si mostra ben spesso accentuata per la mancanza di quelle regole sul trattamento paritario. Si pensi alla legittimazione, con contrattazione collettiva, di erogazioni per straordinario il cui costo orario è calcolato sulla somma delle voci retributive complessivamente erogate ai singoli lavoratori. Il meccanismo è praticato da gran parte dei contratti collettivi, e determina un consequenziale squilibrio economico di genere nella remunerazione delle ore di straordinario (laddove le erogazioni che superano il minimo contrattuale siano in favore dell'uomo anziché della donna). Ciò non toglie che, al di là del (pur legittimo) *gap* salariale complessivo che il meccanismo va a determinare, si debba intervenire nella modalità di conteggio del costo orario per straordinario. Vero è, infatti, che la quantificazione della percentuale di maggiorazione da riconoscere al lavoro eccedentario è definita in ragione del disagio che tale incremento orario determina (e non solo in rapporto alla gravosità della mansione svolta). Ma altrettanto indubitabile è il fatto che il disagio su cui si calcola quella maggiorazione è, nella migliore delle ipotesi, quello risultante dalla media tra lo svantaggio arrecato a un uomo e quello arrecato a una donna. Con il consequenziale risultato che la maggiore gravosità del lavoro eccedentario per la donna – chiamata per lo più a conciliare esigenze di lavoro con quelle familiari e di cura – è compensata in misura assolutamente minore rispetto all'uomo, o comunque non adeguata al maggior sacrificio subito.

3. — *Il divario retributivo di genere: tra prospettive di controllo e rimediali*

— Non si intende ripercorrere la diacronica stratificazione normativa di tutela contro le discriminazioni retributive di cui la dottrina si è ampiamente occupata. La normativa europea e quella interna hanno condotto al pieno consolidarsi di un divieto di discriminazioni retributive che: esordisce da quelle di genere e ivi si rafforza particolarmente (16); permea quelle

(16) Esemplificativa è la transizione dalla dimensione mercantilistica dell'art. 119 del Trattato Cee sulla parità retributiva per uno «stesso lavoro» alla parità per un «la-

legate ad altri fattori differenziali (come età, handicap, razza, orientamento sessuale ecc.); si connota per le peculiari menzioni della discriminazione retributiva sulla base della nazionalità (17); si estende, in special modo nel volgere degli ultimi venticinque anni, al trattamento retributivo dei lavoratori non standard (par. 4).

Lo snodo più rilevante di quegli assetti legislativi può ancora oggi essere riconnesso al tentativo – avviato con l'adozione di criteri retributivi che tenevano conto dell'eguale *valore* del lavoro maschile e femminile (18) – di superare i tradizionali strumenti valutativi delle prestazioni rese da uomini e donne. Ma al di là del rispetto formale delle regole antidiscriminatorie, l'aspetto che rende ancora del tutto irrisolta la questione del divario retributivo di genere attiene all'uso di pratiche differenziali non sempre decifrabili o non facilmente arginabili (19).

Il tema della disparità retributiva è dunque sempre più legato a quello del *controllo* delle pratiche di segregazione retributiva; è sempre più vicino a quello della individuazione delle tecniche per *scovare* dove si annida la discriminazione e per porvi rimedio. Una questione, quella del monitoraggio, che si lega anche alla modalità di raccolta dei dati e alla relativa accessibilità da parte delle lavoratrici e delle istituzioni, che non può dirsi sufficientemente garantita dal solo obbligo, incombente sulle grandi imprese, di compilare un rapporto sulla situazione del personale, in cui i dati sui livelli retributivi delle donne sono spesso aggregati in riferimento alle categorie professionali.

Il versante, invece, del *metodo* da adottare per esercitare quel più efficace controllo o per rintracciare le disparità retributive – e quelle di genere in

voro di pari valore» già con il *memorandum* della Commissione del 26.2.1960, dunque prima della formalizzazione per mezzo della Direttiva n. 75/117/Ce.

(17) Si pensi al modello adottato dalle leggi di ratifica degli accordi internazionali tra Ue e Stati membri, da un lato, e paesi terzi, dall'altro, sul divieto di discriminazioni per nazionalità in tema di condizioni di lavoro, retribuzioni e licenziamento: così, ad es.: l. 5.7.1995, n. 304, art. 20, per la Repubblica di San Marino; l. 2.8.1999, n. 302, art. 64, per il Marocco; l. 13.8.2010, n. 151, art. 49, per la Serbia.

(18) Molti i contributi che hanno ripercorso le tappe del processo di estensione della parità retributiva dai lavori uguali a quelli di pari valore. Cfr., in particolare: Barbera 1991, 302 ss.; Ballestrero 2005, 11 ss.; i saggi di Graziosi e Scarponi in Scarponi 2014.

(19) Cfr. il rapporto Oil, *A quantum Leap*, del 7 marzo 2019, in occasione del centenario delle prime convenzioni sul lavoro delle donne. Il documento, nel prendere atto del perseverare di un divario di genere, analizza più attentamente i fattori ostacolanti, ivi inclusi quelli relativi all'istruzione, alla conciliazione dei tempi di vita e lavoro e alle limitazioni legate al rientro dai congedi.

particolare – costituisce la vera sfida di fronte alla quale è posto il diritto. La disomogeneità retributiva dovuta all'applicazione di differenti contratti collettivi pur nel medesimo macrosettore produttivo impone l'adozione di sistemi di monitoraggio più efficaci.

La moderna moltiplicazione del tipo di lavorazioni, delle tecniche di lavoro e dei processi di *output* ha determinato un incremento considerevole delle modalità di espletare la prestazione lavorativa, rendendo più difficile il controllo dei lavori di pari valore. La moltiplicazione, a sua volta, dei contratti collettivi (20) – specie se stipulati per peggiorare i criteri di inquadramento o i livelli retributivi (21) – ha reso ingovernabile il sistema di valutazione trasversale, tra settori produttivi, delle attività affini o equiparabili meritevoli di trattamenti omogenei.

Numerosi sono gli esempi di norme che negli anni hanno mirato ad assicurare la giusta retribuzione *ex art.* 36 Cost., la cui applicazione ha di fatto favorito la riduzione di forme di divario retributivo, ha sopperito al rischio di squilibri salariali, assolvendo a una funzione di perequazione eminentemente generale. Tale è il caso dell'art. 3, l. n. 1369/1960, in riferimento all'obbligo di trattamento minimo (anche retributivo) negli appalti endoaziendali, implicante l'estensione del trattamento economico praticato dall'appaltatore (22). Dicasi parimenti per l'art. 36 dello Statuto – e poi per l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici del 2016 (23) – riguardo alle attività in concessione e appalto di opere pubbliche, per la cui esecuzione il beneficiario o appaltatore è tenuto ad assicurare trattamenti non inferiori a quelli praticati dai contratti collettivi della categoria (*rectius*: dei contratti stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale). Si pensi anche all'art. 8, l. n. 877/1973, volto ad assicurare al lavoratore a domicilio (in mancanza di tariffe di cottimo) quella retribuzione prevista nei contratti collettivi del committente o riguardanti lavorazioni simili o comunque praticata per i lavoratori che svolgano in azienda la medesima attività. E così per l'art. 2, l. n. 317/1987, dopo le modifiche in sede di conversione *ex l. n.* 398/1987 (materialmente ribadito dall'art. 18, d.lgs. n. 151/2015) sul trattamento dei lavoratori all'estero o, *ex art.* 16, d.lgs. n. 117/2017, dei lavoratori del Terzo settore. All'elencazione si aggiungano i lavori svolti con regimi contrattuali particolari, come nel caso dei lavori a termine o intermittenti, di quelli *part-time*, di quelli in sommi-

(20) Lassandari 1997, 261.

(21) Gottardi 2016, 887-888.

(22) Spec. C. cost. 9.7.1963, n. 120, in *GC*, 1963, III, 271 ss.

(23) Borgogelli 2016, 986 ss.

nistrazione, oggi destinatari di una normativa di stampo antidiscriminatorio (par. 4).

Ma il persistere di un ancora rilevante divario retributivo, cui la contrattazione collettiva non pone efficacemente rimedio (24), rende non più sufficiente, per certi versi inadeguata, una regolazione a suon di disposizioni speciali.

Almeno due sono le prospettive da approfondire per tentare di garantire una maggiore equità complessiva fra contratti collettivi.

Vi è infatti la *prospettiva* che riguarda il divario retributivo tra lavoratori in generale, a prescindere dai fattori differenziali, che si presenta ogni volta in cui si tratti di individuare il contratto collettivo da applicare, in presenza di una molteplicità di accordi collettivi stipulati.

È agevole ricordare che la proliferazione dei contratti collettivi, e le differenze salariali tra quelli stipulati da sindacati diversi, ma incidenti nel medesimo contesto produttivo, rappresentano una delle dimensioni più delicate di pratiche retributive differenziate. Si tratta di una frontiera che rischia di sovrastare l'essenziale funzione del negoziato sindacale, consistente nella definizione di *un* parametro retributivo uniforme (anche se nella misura minima) (25) per tutti i lavoratori di riferimento. Peraltro, in tale dimensione del divario retributivo, tendono a innescarsi anche implicazioni di genere. Si pensi agli appalti privati (non più garantiti dalla parità di trattamento) (26), laddove non operino clausole negoziali di tipo retributivo: appalti con cui vengono esternalizzate attività ben spesso svolte con il ricorso a manodopera femminile (come i servizi di pulizia o mensa) (27).

La nota sentenza n. 51/2015 della Consulta, sensibile alla problematica del *dumping* salariale (28), finisce da ultimo per imporre – nel caso di specie nel settore delle cooperative (29) – quegli standard minimi retributivi stabiliti dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi sul piano nazionale. Si tratta di una pronuncia che massimizza il tema

(24) Gottardi 2011, 627 ss. Su efficacia della contrattazione e globalizzazione, Lassandari 2016, 975 ss.

(25) Sul prevalere della lettura minimalista della parità retributiva, già Zoli 1994, 176 ss.

(26) Da ultimo, Faleri 2019, in corso di pubblicazione.

(27) In tema già C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Süzen*, in *RIDL*, 1998, n. 2, II, 651 ss. Cfr. Foglia 2002, 217 ss.

(28) Tra gli ultimi contributi in tema, cfr. Orlandini 2018, 13 ss., anche per i richiami di dottrina.

(29) Barbieri 2015, 493. Sui limiti alla esportabilità delle argomentazioni della Corte fuori dalle cooperative, Pallini 2017, 485 ss.

della parità retributiva, perfino rispetto a quello (*ex art. 39, c. 1, Cost.*) riguardante la libera determinazione sindacale dei contenuti (migliorativi) dei contratti collettivi e la altrettanto libera scelta datoriale nell'affiliazione sindacale cui far seguire l'individuazione del contratto da applicare.

Vi è poi la *prospettiva* del divario retributivo tra uomini e donne: una prospettiva utile a porre rimedio all'eterogeneità retributiva che non si annida nel singolo contratto collettivo, ma che si appalesa con il confronto fra accordi collettivi di ambiti diversi, in riferimento a settori lavorativi a prevalente caratterizzazione di genere (30).

Il sistema ha mostrato elasticità valutativa allorché ha ampliato la nozione di retribuzione; quando ha affermato, sia sul piano legislativo che giurisprudenziale, che rientra nella nozione di discriminazione ogni erogazione, in denaro o in natura, attuale o futura, corrisposta direttamente o indirettamente dal datore di lavoro in ragione dell'impiego del lavoratore o della lavoratrice (art. 2, c. 1, lett. e, Direttiva n. 2006/54/Ce) (31).

Porsi nella prospettiva di favorire il confronto tra parametri retributivi di contratti collettivi di settori diversi significa tuttavia riscontrare l'importanza di ampliare ulteriormente quella prospettiva, ampliando il concetto del termine di paragone tra lavoratori e lavoratrici, al cospetto di una legislazione europea che sostanzialmente tace sul punto. L'estensione del raggio di tutela contro le discriminazioni si è avuta consentendo l'*astrazione* del soggetto con il quale confrontare il trattamento ricevuto dalle lavoratrici (32): permettendo di dimostrare la discriminazione subita ipotizzando il trattamento che l'azienda avrebbe riservato a un uomo in situazione analoga. Ciò che tuttavia ancora manca è consentire alle lavoratrici che si assumono discriminate di effettuare quel confronto nei riguardi di chi si trovi a lavorare in contesti produttivi diversi e sia destinatario di trattamenti economici diversificati. Evidenti ne sono le ragioni.

(30) Cfr. la ricerca curata da Gottardi, Peruzzi 2017.

(31) Uno tra gli aspetti più controversi è stato quello relativo alle erogazioni pensionistiche in rapporto al requisito dell'età di pensionamento: da C. Giust. 17.5.1990, C-262/88, *Barber*, a C. Giust. 12.9.2002, C-351/00, *Niemi*; da C. Giust. 29.9.2001, C-366/99, *Griesmar*, a C. Giust. 13.11.2008, C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*. Si registra, tuttavia, giurisprudenza che, nella consapevolezza della difficoltà di confronto tra voci retributive in rapporto a diverse articolazioni orarie, ha limitato il raffronto alle retribuzioni base (C. Giust. 30.3.2000, C-236/98, *JämO*, in *MGL*, 2000, n. 4, 891 ss., con nota di Gottardi); oppure giurisprudenza che ha riscontrato eccezioni all'estensione della nozione nel caso di differenze retributive riconducibili a più fonti (C. Giust. 17.9.2002, C-320/2000, *Lawrence*, in *RIDL*, 2003, n. 1, II, 209 ss., con nota di Albi).

(32) In particolare, Izzi 2005, 41 ss.

La prima deriva dall'impossibilità di accollare al datore di lavoro l'obbligo di assicurare l'operatività di un divieto di discriminazioni retributive in riferimento a settori merceologici diversi e in rapporto a parametri di cui egli stesso non ha il controllo. Tale limite è poi da rinvenire, come detto, nell'esclusione di quel sindacato giudiziale sull'operato del contratto collettivo (che legittimamente può stabilire retribuzioni minime diverse per gli operai del settore tessile rispetto a quelli del chimico pur con professionalità equiparabile). Il limite deriva dunque da una carenza regolativa del legislatore, che pur potendo contare sull'art. 36 Cost. ha sempre mancato di invitare le confederazioni – foss'anche quelle che vantano una maggiore rappresentatività – a un controllo trasversale del carattere sperequativo dei contratti collettivi, anche laddove le differenze retributive nei vari contratti determinino evidenti ricadute di genere. Così nell'esempio del Ccnl del settore tessile, che registra una pressoché esclusiva presenza di operaie, rispetto a quello chimico, con prevalente presenza maschile.

Si tratterebbe di riconoscere una maggiore ampiezza alla nozione di lavoro di «pari valore» per giungere a equiparare, in termini retributivi, lavori che non hanno affatto la stessa natura, ma che presentano un grado di complessità equiparabile. Peraltro, un approccio comparatistico in tale stile ha fatto la sua comparsa anche nel Considerando 10 della Direttiva n. 2006/54/Ce, in base al quale la garanzia di parità retributiva può essere ottenuta anche comparando «... uomini e donne che non lavorino per uno stesso datore di lavoro» (33). Peraltro, ancora la Corte di Giustizia si era già trovata a sperimentare l'elasticità del criterio di confronto: ad esempio, in riferimento a trattamenti economici intervenuti in momenti temporali diversi, come nel caso *Macarthy's Ltd.* (34); oppure in riferimento a contratti collettivi diversi, applicati entrambi dal datore di lavoro, e riguardanti attività con caratterizzazione di genere (quella di farmacista e fisioterapista svolta soprattutto da uomini e quella di ortofonista da donne) (35).

Vero è che solo il legislatore (36) potrebbe disporre o invitare a un con-

(33) A conferma di una certa elasticità della norma, che pur potrebbe apparire rivolta a imprenditori diversi che comunque applicano il medesimo contratto collettivo.

(34) C. Giust. 27.3.1980, C-129/79, per la violazione del divieto di discriminazioni nella minore erogazione alla donna subentrata nel lavoro di un uomo il cui rapporto era cessato.

(35) C. Giust. 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*.

(36) C. Giust. 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne II*.

trollo di equità tra contratti collettivi, andando così in una direzione che fra l'altro sarebbe contraria all'ondata di decentramento contrattuale degli ultimi anni (37), e non senza porre interrogativi sulla legittimità di certe forme di intervento normativo nei riguardi dell'operato dei sindacati (38). Solo un intervento del legislatore potrebbe disporre che quel controllo di ragionevolezza – legato al principio di eguaglianza e impiegato nella classificazione delle categorie di soggetti da omogeneizzare in termini di trattamenti retributivi – debba essere svolto dalle parti sociali con un approccio trasversale, in riferimento ad aree produttive disomogenee, pur nella consapevolezza dell'estrema difficoltà della comparazione degli inquadramenti professionali (39).

Porsi nella prospettiva di ridurre il divario di genere comporta viepiù azioni di contrasto degli stereotipi, una parte dei quali si annida, pur senza particolare consapevolezza (e anche per la scarsa presenza femminile nelle delegazioni trattanti dei sindacati), negli stessi contratti collettivi e nei sistemi di classificazione (e remunerazione) del personale da questi proposti.

Da un certo punto di vista, è incontestabile la diversa predilezione femminile per determinate tipologie di istruzione e percorsi professionalizzanti. Gli sbocchi lavorativi di certi studi a prevalente partecipazione maschile garantiscono retribuzioni più vantaggiose rispetto agli sbocchi dei corsi di studio scelti dalle donne (40), anche a motivo di una non adeguata classificazione dei lavori da considerare di pari valore. Tale aspetto – che non può certo costituire l'alibi al *gender pay gap*, come una certa letteratura ha tentato di dimostrare (41), non senza suscitare condivisibili polemiche – tende comunque a essere trascurato nella elaborazione dei sistemi di classificazione, con il risultato che la «segregazione» allocativa va spesso a determinare una minore retribuzione, anche nei casi di tipologie di lavori (quelli a prevalenza femminile) a cui viene rico-

(37) Sul decentramento della contrattazione, diseguaglianze fra lavoratori, e concorrenza fra le imprese, Guarriello 2012, 353 ss.

(38) Lazzeroni 2017.

(39) C. Giust. 31.5.1995, C-400/93, *Royal Copenhagen*. Cfr. De Simone 2001, 47.

(40) Guerrero 2011, 380 ss., su genere femminile e settori lavorativi con ridotte possibilità di sviluppo; così anche Cantalini 2015, 189 ss.

(41) Pinker (2008), che individua un legame tra i percorsi evolutivi e le differenti priorità lavorative di donne e uomini con il risultato che, a parità di istruzione, competenze e abilità, le donne sarebbero indotte a scelte diverse a motivo delle diverse inclinazioni. Per l'effetto, il *gender gap* diverrebbe addirittura imputabile a una differenza biologica, ovvero all'azione operata nell'organismo dall'ossitocina.

nosciuto un valore superiore (42). Al tempo stesso, l'attribuzione di una più bassa remunerazione per certe tipologie di attività a prevalente presenza femminile tende a essere la risultante del convincimento o condizionamento degli stessi valutatori (43) (per lo più uomini) circa il minor valore di talune attività rispetto a quelle tipicamente maschili, tanto da confermare, ancora oggi, che le forze che hanno riservato alle donne certe qualifiche o mansioni sono le stesse che faranno sì di attribuire un minor valore economico a quelle stesse mansioni, rispetto a quelle maschili (44).

Il tema della lotta agli stereotipi di genere non è dunque secondario, nella prospettiva del superamento del *gender pay gap*.

4. — *Lavori atipici, genere e parità di trattamento retributivo* — Le discriminazioni retributive di genere e quelle nei riguardi dei lavoratori atipici risultano particolarmente connesse (45). La tutela verso questi ultimi ha assunto la formale veste antidiscriminatoria nel volgere degli anni novanta. Una enunciazione formale, appunto, anche in risposta alla lettura della dottrina che già rinveniva, ad esempio, nel lavoro *part-time ante d.lgs. n. 61/2000* (46), o nel contratto a termine *ex l. n. 230/1962* (47), enunciati espressivi di una regola di parificazione (48).

Pur con distinguo all'interno della macrocategoria dei lavori non standard (49), la normativa europea e nazionale (50) veicola su più fronti la regola del divieto di trattamenti differenziati in ragione di un particolare regime di impiego. Ma la tutela in questo contesto sconta una minore presa antidiscriminatoria, rispetto a quella di genere, dettata dall'esigenza di contemperare, come riconoscerà la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il

(42) Ichino 1992, 313 ss.

(43) Sulle basse potenzialità di impiego del genere femminile per una certa letteratura economica, Rubery 2009, 1103.

(44) Blumrosen 1979, 401.

(45) Non solo per il valore assunto, nella valutazione dei lavori atipici, dall'ap-proccio impiegato dalla Corte di Giustizia nei casi di discriminazioni di genere: De Simone 2004, 527 ss.

(46) Brollo 1991, 182 ss.

(47) Zoli 1994, 165.

(48) Sul principio di *pro rata temporis* come corollario delle regola paritaria, Chieco 2002, 785.

(49) Aimo 2015, 643. Su lavori non standard e parità di trattamento, in particolare, Alessi 2017, 99 ss.

(50) Il cui contenuto è stato ampiamente trattato e ripercorso in letteratura, alla quale si rinvia: Alessi 2012, 88 ss.; Zappalà 2012, 162 ss.; Corazza 2013, 1 ss.; Lazzeroni 2013, 151 ss.

principio di eguaglianza con quello alla libera determinazione del grado di flessibilità dell'impresa rispetto al fattore lavoro (51), pur nel rigore delle ragioni di esclusione adducibili (52).

Ciononostante, il percorso di protezione dalle discriminazioni perpetrate in ragione dell'atipicità del lavoro svolto non può dirsi perfezionato, o comunque resta ancora distante dalle acquisizioni ottenute in rapporto alle discriminazioni di genere (53). Nel complesso, la presa del diritto antidiscriminatorio nei riguardi dei lavori non standard si mostra capace di rispondere agli squilibri tra lavoratori delle varie tipologie contrattuali (54). Si pensi al caso *Inps c. Bruno e Pettini* (55), relativo al calcolo dell'anzianità contributiva per la pensione; oppure si pensi, ancor più di recente, alla pronuncia *Hein* (56), relativa a una riduzione dell'indennità per ferie per i soli lavoratori che avessero avuto periodi di disoccupazione parziale nell'anno di riferimento, la quale, se pur resa in riguardo alla Direttiva n. 2003/88/Ce, conferma la capacità estensiva della tutela per lavoro atipico anche oltre la stretta cerchia delle varie tipologie contrattuali.

Per altri versi, tuttavia, anche prescindendo dai rilievi che evidenziano una non lineare lettura, per il lavoro atipico, della possibilità di configurare discriminazioni indirette (57), il caso *Cachaldora Fernández* della Corte di Giustizia (58) esclude, ad esempio, dal campo di applicazione della Direttiva n. 97/81/Ce le interruzioni contributive presenti nel periodo di riferimento per il calcolo della pensione contributiva di invalidità; così nel caso *Espadas Recio* (59), per il quale l'esclusione dal campo di applicazione della stessa Direttiva n. 97/81/Ce riguarda la prestazione contributiva di disoccupazione. Al contempo, il fatto che quest'ultima pronuncia ravvisi, in soluzione del caso, una discriminazione indiretta basata sul sesso (in riferimento dunque alla Direttiva n. 79/7/Cee) non fa altro che confermare l'attitudine delle discriminazioni di genere a essere invocate con maggiore

(51) Sulla promozione in tal senso del *part-time*, già C. Giust. 24.4.2008, cause riunite C-55/07 e C-56/07, *Michaeler*.

(52) C. Giust. 9.7.2015, C-177/14, *Regojo Dans*; C. Giust. 1.3.2012, C-393/10, *O'Brein*; C. Giust. 8.9.2011, C-177/10, *Rosado Santana*.

(53) Delfino 2009, 262 ss.

(54) Vitaletti (2013, 144 ss.), sui parametri di calcolo retributivo nei lavori atipici alla luce del divieto di discriminazioni.

(55) C. Giust. 10.6.2010, cause riunite C-395/08 e C-396/08.

(56) C. Giust. 13.12.2018, C-385/17.

(57) Alessi 2012, 110.

(58) C. Giust. 14.4.2015, C-527/13.

(59) C. Giust. 9.11.2017, C-98/15.

facilità, rispetto alle discriminazioni fondate sullo svolgimento di lavori atipici. Non fa altro che mostrare l'orientamento della Corte di Giustizia a impiegare la discriminazione di genere, laddove possibile, in funzione rafforzativa della discriminatorietà riscontrata a motivo dello svolgimento di un lavoro atipico, e non solo in riferimento alla casistica affrontata prima delle direttive degli anni novanta (60).

È una funzione suppletiva (delle discriminazioni di genere rispetto a quelle verso lavoratori atipici) (61), che meriterebbe di essere particolarmente valorizzata dalla Corte, anche nel caso in cui non ce ne sia particolare necessità, giungendo la decisione a rinvenire comunque una discriminazione (62). Si badi al caso *Brandes* (63), in riferimento al principio di effettività delle ferie, valutato nel passaggio dal tempo pieno al tempo parziale senza invocare la discriminazione indiretta che pur poteva essere richiamata (dal momento che le ferie, ridotte con il passaggio al *part-time*, non erano state fruita dalla lavoratrice perché in congedo determinato dalla maternità).

Nessuna conclusione, dunque, può essere svolta in riferimento a un tema lontano dal dirsi ancora perfezionato: solo l'auspicio che si giunga a un rafforzamento tale delle politiche di riduzione del divario retributivo da riuscire perlomeno a contenere la spinta centrifuga indotta dalla moltiplicazione dei processi produttivi, dalla frammentazione regolativa e dalla riduzione della capacità di governo delle dinamiche negoziali periferiche.

Riferimenti bibliografici

Aimo M. (2015), *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, n. 4, 635 ss.

Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino.

Alessi C. (2017), *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Bonardi O. (a cura di),

(60) Così in *Bilka* (C. Giust. 13.5.1986, C-170/84), e già prima in *Jenkins* (C. Giust. 31.3.1981, C-96/80), che si colloca agli esordi della discriminazione indiretta di genere in rapporto agli svantaggi derivanti dall'esecuzione di una prestazione in regime di tempo parziale. Più arretrata appariva la giurisprudenza di Cass. 25.2.1988, n. 2027, in *NGL*, 1988, n. 2, 344 ss., sulla rilevata legittimità di differenti divisori della retribuzione per lavoratori a tempo parziale e a tempo pieno.

(61) Sul legame tra discriminazioni di genere e lavori atipici (anche in riferimento ai parasubordinati), Scarponi 2010, 359 ss.

(62) Richiama la debolezza delle direttive sui lavori atipici De Simone 2004, 540.

(63) C. Giust. 13.6.2013, C-415/12, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 263 ss., con nota di Peruzzi.

- Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 99 ss.
- Ballestrero M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna.
- Ballestrero M.V. (1996), *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in Groppi A. (a cura di), *Il lavoro delle donne*, Laterza, Roma, 445 ss.
- Ballestrero M.V. (2005), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Italia all'Europa e viceversa*, in Smuraglia C. (a cura di), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia*, Ediesse, Roma, 11 ss.
- Barbera M. (1991), *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative del settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in RGL, n. 3, II, 493 ss.
- Blumrosen R.G. (1979), *Wage Discrimination, Job Segregation and Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, in *U. Mich. J.L. Reform*, n. 397, 401 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in LD, n. 6, 985 ss.
- Brollo M. (1991), *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, Napoli.
- Cantalini S. (2015), *Genere, settore di studio e reddito. Un'analisi delle diseguaglianze salariali di genere tra i laureati italiani*, in SM, n. 2, 189 ss.
- Chieco P. (1989), *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi nella giurisprudenza*, in RGL, n. 2, I, 447 ss.
- Chieco P. (2002), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in RGL, n. 4, I, 767 ss.
- Corazza L. (2013), *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione europea*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Crisafulli D. (1954), *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in RGL, I, 67 ss.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- De Simone G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in LD, n. 3-4, 527 ss.
- Del Punta R. (1998), voce *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in ED, II, 707 ss.
- Delfino M. (2009), *Corte di Giustizia e divieto di discriminazione dei lavoratori flessibili*, in Santucci R. et al. (a cura di), *«Diversità» culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 262 ss.
- Faleri C. (2019), *Riforme e controriforme del sistema di garanzie nei rapporti interpositori*, in Calcaterra L. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, in corso di pubblicazione per i tipi Giuffrè.
- Ferraro G. (1991), *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in DRI, n. 1, 163 ss.
- Foglia R. (2002), *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova.

- Gottardi D. (2011), «Vuoti» e «pieni»: la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea, in *LD*, n. 4, 615 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, n. 4, 877 ss.
- Gottardi D., Peruzzi M. (2017), *Diffenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva. Risultati del progetto europeo «Close the Deal, Fill the Gap»*, Giappichelli, Torino.
- Guarriello F. (2012), *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *DLRI*, n. 3, 341 ss.
- Guerrero L. (2011), *Women and leadership*, in Rowe W., Guerrero L. (a cura di), *Cases in leadership*, Safe Publications, Thousand Oaks, CA, 380 ss.
- Ichino P. (1992), *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Giuffrè, Milano.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli.
- Lassandari A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, n. 2, 261 ss.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova.
- Lassandari A. (2016), *Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza*, in *LD*, n. 4, 975 ss.
- Lazzeroni L. (2011), *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, Giappichelli, Torino.
- Lazzeroni L. (2013), *La disciplina dei contratti a termine e i regimi delle garanzie*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 151 ss.
- Lazzeroni L. (2017), *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Miscione M. (1981), *Usi e parità di trattamento*, in *RDComm.*, 135 ss.
- Novella M. (2012), *La parità di trattamento a fini retributivi*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 277 ss.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 13 ss.
- Pallini M. (2017), *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *RGL*, n. 3, I, 485 ss.
- Pera G. (1989), *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, in *RIDL*, n. 2, II, 396 ss.
- Perone G. (1989), voce *Retribuzione*, in *ED*, XL, 34 ss.
- Pinker S. (2008), *The sexual paradox: Extreme Men, Gifted Women and the Real Gender Gap*, Random House, Canada.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.
- Rubery J. (2009), *Toward a gendering of the labour market regulation debate*, in *Cambridge Journal of Economics*, n. 35(6), 1103 ss.

- Runggaldier U. (1999), *Limiti al potere regolativo delle parti collettive e parità di trattamento. Profili di diritto comparato*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, t. II, 1077 ss.
- Santucci R. (1994), voce *Parità di trattamento*, in *DDPComm.*, X, 456 ss.
- Scarponi S. (2010), *Precarietà e tutela del lavoro femminile*, in *LD*, n. 3, 359 ss.
- Scarponi S. (2014) (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova.
- Treu T. (1979), *Sub art. 36 Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 72 ss.
- Tullini P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini.
- Ventura L. (1984), *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Vitaletti M. (2013), *La retribuzione di produttività*, Esi, Napoli.
- Zappalà L. (2012), *La tutela della persona nel lavoro a termine*, Giappichelli, Torino.
- Zoli C. (1988), *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano.
- Zoli C. (1994), *Parità di trattamento e retribuzione*, in Caruso B. et al. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 143 ss.

ABSTRACT

Il contributo, a fronte della complessità di delineare gli strumenti di riduzione delle sperequazioni retributive (in particolare di genere), e sul presupposto della molteplicità di tecniche attraverso le quali il diritto antidiscriminatorio potrebbe perfezionarsi, tenta di cogliere alcuni percorsi per favorire il conseguimento della parità retributiva, in particolare: con un'accentuazione del controllo trasversale sui differenziali retributivi a opera delle parti sociali; mediante una estensione della nozione di retribuzione di pari valore a opera della contrattazione collettiva; attraverso una focalizzazione delle problematiche che danno luogo alla creazione di stereotipi di genere; tramite una migliore acquisizione della discriminazione di genere come modello per il contrasto alle altre forme di discriminazione (in particolare nei lavori atipici).

EQUAL TREATMENT AND (GENDER) PAY GAP

Considering the complexity of outlining the tools for reducing salary inequalities (in particular gender inequalities), and considering the diversity of techniques through which the anti-discrimination law could be accomplished, the essay analyzes some ways to achieve equality in remuneration. This is done, in particular, through different ways: emphasizing cross-cutting control over salary differentials by the social partners; extending the notion of equal salary by collective bargaining; focusing on the problems that give rise to the establishment of gender stereotypes, as well as better evaluating the fight against gender discrimination as a model for combating other forms of discrimination (particularly in atypical forms of works).

Giulio Centamore (*)

LA GIUSTA RETRIBUZIONE NELL'ART. 36 COST. O I DILEMMI DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La giusta retribuzione nella giurisprudenza recente: conferme, criticità e prospettive. — 3. La selezione difficile del contratto collettivo. — 4. Prove (più o meno riuscite) di salario minimo legale.

1. — *Introduzione* — Una mappatura degli orientamenti della giurisprudenza in tema di retribuzione giusta (o adeguata) *ex* art. 36, c. 1, Cost. è un esercizio utile, nel quale non per caso la dottrina si cimenta con regolarità (1), e che consente di porre in luce da un angolo di osservazione privilegiato il complessivo stato di attuazione delle discipline lavoristiche, sotto il profilo, in esse radicato (2), della capacità di incidere sulle dinamiche reali dei rapporti economico-sociali nell'ordinamento statale (3). Da tali studi emerge, al fondo, l'esistenza nel paese di un'inquietante e complessa questione salariale (4): senza, peraltro, destare sorpresa, atteso che il legislatore continua a scaricare il peso sul formante giurisprudenziale (5) e che il sistema di relazioni industriali stenta, in questi anni, a trovare le convergenze necessarie per dotarsi di strumenti adatti a governare (6) una struttura produttiva fragile, frammentata e distribuita sul territorio a macchia di leopardo, in cui prosperano illegalità (7), lavoro irrego-

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università di Urbino

(1) Cfr., senza pretese di completezza e con riferimento agli ultimi anni: Galizia 2009; Ichino 2010; Marinelli 2010; Palladini 2012; Bellomo 2017; Nogler, Brun 2018.

(2) Santoro Passarelli 1948.

(3) Dell'Olio 1996, 11.

(4) Dalla quale prendono le mosse Treu (2019) e Pascucci (2018, 1-3). Per Zoppoli (2018, 327), «Non vi è dubbio che le regole per la determinazione della retribuzione dei lavoratori siano oggi importanti come e più di sempre»: del resto, osserva Montuschi (2010, 427), «Lo stato di bisogno non ha una stagione nella quale può manifestarsi».

(5) Zoli 1997.

(6) Cfr.: Liso 2018; Magnani 2018; Marazza 2018.

(7) Si ricorderà, a titolo di esempio, che una delle situazioni di emergenza, salariale ma non solo, è quella del distretto carni concentrato nelle regioni Emilia-

lare (8) e disuguaglianze (9). Del resto, la giurisprudenza «normativa» (10) sull'art. 36 Cost. può molto, ma non tutto. Dopo quasi un settantennio, tale orientamento continua a mostrare una straordinaria solidità: su di esso poggia tuttora, in misura rilevante, il diritto a una retribuzione adeguata sancito dalla Costituzione. D'altra parte, i rischi di soggettivismo preconizzati in dottrina agli albori di questa rivoluzionaria operazione giuridica (11) si sono, con il tempo, puntualmente avverati: su alcuni profili applicativi non secondari, tra i quali la platea di voci ricomprese nel minimo costituzionale e le condizioni alle quali il giudice può discostarsi da esso, non vi sono orientamenti del tutto consolidati (par. 2). Non ha miglior fortuna, di recente, un altro snodo cruciale di tale orientamento: la crisi del sistema contrattuale ha reso, infatti, più incerta la selezione del contratto collettivo da assumere a parametro di una retribuzione adeguata (par. 3); peraltro, i dispositivi di legge che consentirebbero al giudice di dare applicazione al trattamento del contratto collettivo *leader*, pur avendo superato il vaglio del giudizio di costituzionalità (12), mostrano, per vero, il fianco in sede giudiziale, e si prestano, inoltre, a facili elusioni (par. 4). La via italiana al salario minimo (13), benché reindirizzata e corretta in corsa dal legislatore, ha ancora molta strada da percorrere, come dimostra, del resto, la vivacità del dibattito sul come, in questa fase storica, sia opportuno intervenire per affrontare la questione salariale.

2. — *La giusta retribuzione nella giurisprudenza recente: conferme, criticità e prospettive* — L'orientamento *ex art. 36, c. 1, Cost.* ha alcuni capisal-

Romagna e Lombardia, che da alcuni anni è sottoposto a grande attenzione da parte delle organizzazioni sindacali più rappresentative (che per vero faticano a governarlo), degli organi ispettivi e della stessa Magistratura.

(8) Come dimostra del resto lo stesso contenzioso in tema di retribuzione, che trae spesso origine da controversie in cui la parte lavoratrice domanda il pagamento di differenze retributive in relazione a un rapporto di lavoro «non regolarizzato»: vd., ad es., la recente T. Roma 15.3.2018, n. 1870, in *DeJure*, resa in favore di una lavoratrice che per anni era stata impiegata «in nero» nel settore della ricezione turistica mediante appartamenti privati resi disponibili su siti internet.

(9) Disuguaglianze ben radicate nel tessuto sociale (Franzini *et al.* 2014) e contrattuale (Tomassetti 2017).

(10) Treu 1979.

(11) Pera 1953.

(12) C. cost. 1.4.2015, n. 51, in *ADL*, 2015, II, 928 ss., con nota di Laforgia; in *RGL*, 2015, II, 493 ss., con nota di Barbieri; in *DRI*, 2015, 823 ss., con nota di Schiuma.

(13) Magnani 2010.

di acquisiti da decenni al dibattito giurisprudenziale, tra i quali l'immediata precettività di tale disposizione (14) e la sua inderogabilità a opera dell'autonomia privata, sia essa individuale o collettiva (15); di consueto, si conviene inoltre circa la predisposizione dell'art. 36 Cost. a «combinarsi» con disposizioni di legge ordinaria al fine di perfezionare la risposta giudiziale e determinare in concreto la retribuzione dovuta al lavoratore (16). Secondo un orientamento consolidato, il giudice del merito deve prendere in considerazione il complesso delle erogazioni effettuate dal datore di lavoro al lavoratore, per valutarne per così dire globalmente la conformità ai principi costituzionali; la misura di singoli elementi della retribuzione non dovrebbe in sé essere oggetto di scrutinio (17). Qualora il compenso percepito non sia consono ai principi di proporzionalità (18) e, in seconda analisi, di sufficienza (19), esso andrà riparametrato sulla base dei minimi previsti dalle tabelle salariali dei Ccnl di settore (20). Tali clausole, «in con-

(14) Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali cfr. Pascucci 2018, 18, spec. nota 215 ss.

(15) In giurisprudenza, tale (controversa) ampiezza del sindacato giudiziale è ammessa sin da Cass. 25.3.1960, n. 636, in *MGL*, 1960, 147 ss., con nota di Santoro Passarelli.

(16) Principalmente, l'art. 2099 c.c., sulla cui eterogenesi dei fini nel passaggio dall'ordinamento corporativo a quello costituzionale vd. Dell'Olio 2004, 602-604. Si sostiene, in altre ricostruzioni, che il meccanismo della nullità parziale con conservazione dell'assetto contrattuale nei termini rivisitati dall'intervento giudiziale sia più vicino all'operare dell'art. 1419, c. 2, c.c., che a quello dell'art. 2099 c.c.: cfr. Angiello 2003, 21, Nogler, Brun 2018, 47.

(17) Il problema si è posto, in un filone giurisprudenziale ormai nutrito, a proposito di disposizioni contrattuali che prevedevano un compenso per lavoro straordinario inferiore, in percentuale, a quello previsto da disposizioni di legge: C. cost. 22.11.2002, n. 420, in *RIDL*, 2003, II, 475 ss., con nota di Marinelli, in *LG*, 2003, 649 ss., con nota di Pantano, Cass. 14.3.2003, n. 3770, in *GC*, 2004, I, 461 ss., con nota di Raffi, Cass. 1.2.2006, n. 2245, in *DeJL*, 2006, n. 2, 557 ss., con nota di Bianchi, Cass. 17.10.2006, n. 22233, in *RIDL*, 2002, II, 355 ss., con nota di Quaranta, Cass. 19.1.2009, n. 1173, in *LG*, 2009, n. 6, 628 ss., Cass. 25.1.2011, n. 1717, in *DeJure*; medesimo principio in Cass. 8.4.2016, n. 6962, in *DeJure* (in merito al diritto, nella specie negato, alla fruizione del beneficio ex art. 5, d.P.R. n. 344/1983).

(18) Per lo più a causa di uno scostamento eccessivo dai minimi tabellari previsti dalla contrattazione collettiva di categoria.

(19) Per l'affermazione che il principio di sufficienza abbia valenza residuale e correttiva: Cass. 5.6.1992, n. 6931. Di recente, Cass. 13.9.2016, n. 24449, in *DeJure*, ribadisce che il principio di proporzionalità «stabilisce un criterio positivo di carattere generale», laddove quello di sufficienza pone «un limite negativo, invalicabile in assoluto». *Amplius*, Palladini 2012, 29-32 e 38-41.

(20) Quantomeno *preferibilmente*, atteso che la giurisprudenza di legittimità ammette che si possa fare riferimento anche a contratti di secondo livello: vd., da ultimo, Cass. 2.8.2018, n. 20452, in *DeJure*.

dizioni che garantiscono la formazione del libero consenso» (21), sono «il più adeguato strumento per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione» (22). In modo affidabile, esse consentono di individuare la soglia oltrepassata la quale è dato presumere che la prestazione sia resa in condizioni prossime allo sfruttamento (23): in tale ambito, le associazioni di categoria sono, così, dotate di una robusta legittimazione giuridico-sociale, che deriva dall'effettività dell'azione sindacale e dalla vasta aggregazione di interessi professionali che esse sono in grado di garantire (24); infine, si badi: un'applicazione diffusa del trattamento economico previsto dai contratti collettivi nazionali ha effetti benefici sul sistema economico nel suo complesso (25).

Eppure, quando si tratta, in concreto, di determinare l'entità delle differenze retributive, riemergono una serie di aporie mai del tutto risolte. Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha un atteggiamento minimalista, conservatore e basato, non di rado, su argomenti controvertibili: come quando si afferma che alcune voci soltanto «costituiscono espressione, *per loro natura*» (26), o «integrano il concetto» (27) di giusta retribuzione, quasi che

(21) Così, Cass. 18.3.2004, n. 5519, in *DeJure*.

(22) Principio di diritto tralatizio; *ex plurimis*: Cass. 7.7.2008, n. 18584, in *DeJure*; Cass. 13.11.2009, n. 24092, in *D&L*, 2010, 237 ss.; Cass. 11.1.2012, n. 153, in *D&L*, 2012, 200 ss., con nota di Premoli; Cass. 26.6.2013, n. 19578, in *DeJure*; in giurisprudenza di merito, di recente, T. Venezia 10.5.2017, n. 284, in *DeJure*. Le tabelle salariali dei contratti collettivi sono assistite da una «presunzione di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza» (vd., tra le molte: Cass. 8.1.2002, n. 132, in *RGL*, 2003, II, 609 ss., con nota di Greco; Cass. 28.10.2008, n. 25889, in *GCM*, 2008, n. 10, 1528 ss.).

(23) Riprendendo la notissima Cass. 25.2.1994, n. 1903, in *RGL*, 1994, II, con nota di De Marchis.

(24) Il ragionamento è *in nuce* già in Pugliatti 1949-1950, 193. Più di recente: Roccella 2011, 431-432.

(25) Come finalmente riconosciuto in Oecd 2018, con uno storico *revirement* della *policy* in tema di struttura della contrattazione collettiva nei paesi economicamente avanzati. È appena il caso di osservare che per applicazione diffusa dei contratti collettivi nazionali non s'intende surrettizia estensione *erga omnes* dei medesimi. Non ne è, infatti, imposto ai datori di lavoro il rispetto integrale, bensì delle clausole che integrano il minimo costituzionale, con possibilità per il giudice di discostarsene dando adeguata motivazione: questo il punto di equilibrio raggiunto, tra gli artt. 36 e 39 Cost., dal sistema giuridico-istituzionale italiano a garanzia che un livello minimo di salario sia osservato per l'intero mondo del lavoro subordinato.

(26) Corsivo mio. L'affermazione è frequente; di recente: Cass. n. 18584/2008, cit.; Cass. n. 24092/2009, cit.; Cass. n. 153/2012, cit.; T. Venezia n. 284/2017, cit.

(27) Tra le ultime: Cass. 4.12.2013, n. 27138, in *DeJure*; T. Ascoli Piceno 19.2.2016, in *Pluris*; T. Milano 8.4.2015, in *Pluris*.

di questa si possa ricavare una nozione ontologica, priva di riscontri nell'autonomia collettiva; o che solo una parte (aprioristicamente determinata) della retribuzione, «nell'ordinario sinallagma contrattuale, è destinata a compensare la prestazione lavorativa eseguita nella normalità delle situazioni» (28) o è idonea a garantirne la proporzionalità «alla qualità e quantità del lavoro prestato» (29). «Come se molti di essi [tali istituti] – rileva, invece, la dottrina – (a partire dalle mensilità aggiuntive e dai premi di produzione) non fossero volti a compensare la professionalità e la produttività del lavoratore» (30); e come se non fossero, peraltro, inseriti in equilibri più ampi, che le parti sociali raggiungono al termine di trattative, in cui non sempre, nella distribuzione delle risorse disponibili al tavolo negoziale, si decide di investire sull'aumento dei minimi salariali (31). Comunque, se la giurisprudenza fatica ad abbandonare l'orientamento per il quale il minimo costituzionale consta soltanto di paga base, indennità di contingenza e tredicesima mensilità (32), vi sono anche segnali di apertura. Essi si colgono soprattutto nelle pronunce in cui non è esclusa *a priori* la valutazione di altri istituti, qualora ciò serva a garantire l'adeguatezza della retribuzione, purché ne sia fornita puntuale motivazione (33). Sviluppando tale posizione, una serie nutrita di pronunce ammette che il compenso dovuto a titolo di scatti di anzianità possa essere corrisposto *ex art.* 36 Cost., quale misura del maggior «valore» che la prestazione lavorativa di norma acqui-

(28) Cass. 9.8.2003, n. 12054, in *GCM*, 2003, n. 7-8.

(29) Cass. 18.3.2013, n. 6709, e T. Aosta 24.9.2014, entrambe in *Pluris*.

(30) Così, Zoli 1996, 431.

(31) Si pensi all'ultimo rinnovo (2016) del Ccnl del settore metalmeccanico industria.

(32) Tra le molte: Cass. n. 5519/2004, cit.; Cass. 5.11.2008, n. 26589, in *GD*, 2008, 49, 66 ss.; Cass. n. 24092/2009, cit.; Cass. n. 6709/2013, cit.; Cass. n. 27138/2013, cit.; Cass. 16.5.2016, n. 10014, in *Pluris*. Per avere un'idea del contenzioso recente, si tenga presente che sono stati esclusi dal minimo un premio di produzione (Cass. n. 12054/2003, cit.), il compenso per pronta reperibilità per un medico dipendente da una casa di cura privata (Cass. n. 27138/2013, cit.), l'alloggio gratuito o l'indennità sostitutiva per gli autoferrottravvieri (Cass. n. 6709/2013, cit.; T. Aosta 24.9.2014, cit.), l'indennità sostitutiva di maternità (T. Venezia n. 284/2017, cit.) l'indennità per permessi non goduti (T. Civitavecchia 4.10.2018, n. 433, in *DeJure*) e l'indennità di trasferta (T. Udine 24.8.2018, n. 126, in *DeJure*).

(33) Cass. 13.3.1990, n. 2021, in *GCM*, 1990, n. 3; Cass. 12.12.1998, n. 12528, in *NGL*, 1999, 194 ss.; Cass. 28.3.2000, n. 3749, in *FI*, 2000, I, 2538 ss.; Cass. 9.6.2008, n. 15148, in *GCM*, 2008, n. 6, 896 ss. (che ha cassato una sentenza di merito che aveva incluso la quattordicesima mensilità nel minimo costituzionale non per la decisione in sé, bensì perché il giudice non aveva fornito adeguata motivazione); Cass. n. 19578/2013, cit.; Cass. n. 20452/2018, cit.

sisce con il passare del tempo: vi è, infatti, una positiva «correlazione tra anzianità di servizio e qualità della prestazione resa» (34).

È, invece, criticabile l'orientamento che consente al giudice di ridurre l'entità del minimo costituzionale, al ricorrere di condizioni di vario tipo (35). Benché, infatti, la Cassazione abbia, nel tempo, adottato una posizione più restrittiva e precisato che la riduzione deve essere puntualmente motivata dal giudice del merito, con riferimento a elementi oggettivamente apprezzabili e onere della prova a carico del datore di lavoro (36), sarebbe auspicabile un rigore maggiore, atteso che il minimo costituzionale è esso stesso espressione di un compromesso al ribasso (per definizione: «minimalista») (37).

(34) Così, Cass. 9.6.2008, n. 15150, in *DeJure*; cfr. altresì: Cass. 6.7.1990, n. 7095, in *GCM*, 1990, n. 7; Cass. 9.8.1996, n. 7379, in *MGI*, 1996; Cass. 28.8.2000, n. 11293, in *GCM*, 2000, 1852 ss.; Cass. n. 15148/2008, cit., Cass. n. 18584/2008, cit.; Cass. n. 153/2012, cit.; Cass. n. 19578/2013, cit.; di recente, in giurisprudenza di merito, in senso favorevole, T. Salerno 26.1.2018, n. 250, in *DeJure*.

(35) Espressione di tale orientamento sono, tra le altre: Cass. 9.8.1996, n. 7383, in *FI*, 1998, I, 3228 ss.; Cass. n. 14211/2001, cit.; Cass. 28.8.2004, n. 17250, in *GCM*, 2004, n. 7-8. *Amplius*, sul punto: Galizia 2009, 613-621; Ichino 2010; Bellomo 2017, 877-880. Sono rare le pronunce in cui si ammette che il minimo costituzionale possa essere rivisto al rialzo: vd., tra queste, Cass. 25.1.1992, n. 833, in *GCM*, 1992, n. 6.

(36) Non sarebbe, così, legittima una riduzione della retribuzione operata da una sentenza di merito che tenga genericamente conto «del fatto che si trattava di una piccola azienda, operante in una situazione economica di crisi, come quella del Mezzogiorno d'Italia» (Cass. 17.1.2011, n. 896, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2011, 306 ss., con nota di Brizzi), o che altrettanto genericamente alluda a una «crisi strutturale, nazionale e locale, del settore agricolo e florovivaistico» o alla «generalizzata evasione dei minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva» (Cass. n. 153/2012, cit.); del pari, non ci si potrebbe discostare dalle tabelle dei contratti collettivi sul presupposto, non provato dal datore di lavoro, «di una grave crisi economica che caratterizza il territorio» o dell'esistenza di «paghe di piazza» (Cass. 14.12.2005, n. 27591, in *DeJure*), né rileva in sé il generico rilievo delle «modeste condizioni patrimoniali del datore di lavoro» e del «cattivo andamento economico dell'impresa» (Cass. 17.3.2000, n. 3184, in *DeJure*). Benché reso sulla *vexata quaestio* delle aziende collocate in una «zona depressa», è indicativo di tale atteggiamento di prudenza il principio di diritto per il quale il giudice può operare una riduzione del minimo costituzionale a condizione che «utilizzi dati statistici ufficiali, o generalmente riconosciuti, sul potere di acquisto della moneta e non la propria scienza privata; che consideri l'effetto già di per sé riduttivo della retribuzione contrattuale insito nel principio del minimo costituzionale; che l'eventuale riduzione operata non leda il calcolo legale della contingenza stabilita dalla l. 26 febbraio 1986, n. 38»: Cass. 26.7.2001, n. 10260, in *RIDL*, 2002, II, 299 ss., con nota di Stolfà, e in *RGL*, 2002, II, 693 ss., con nota di Leotta.

(37) Si condivide l'analisi critica di Ricci (2011).

3. — *La selezione difficile del contratto collettivo* — L'utilizzazione, quale misura di una retribuzione giusta, delle tariffe contenute nei contratti collettivi (prevalentemente nazionali) ha indirettamente contribuito alla costruzione del sistema contrattuale postcorporativo: l'orientamento inaugurato negli anni cinquanta ha impresso, infatti, vitalità all'autonomia collettiva, sollecitando (in uno con la legislazione incentivante) i datori di lavoro non sindacalizzati a dare applicazione a contratti collettivi che avrebbero comunque dovuto rispettare nella loro base tariffaria, e alimentando, così, tra gli attori economici, una diffusa percezione circa la loro «obbligatorietà» (38). Prima che sulla possibilità di ottenere un provvedimento giudiziario favorevole, la cui efficacia *inter partes* non è nel nostro ordinamento in discussione (39), il livellamento al rialzo dei salari nella società di massa finiva per dipendere *comunque* dal tasso di copertura dei contratti collettivi e dall'efficacia e coerenza dell'azione sindacale delle centrali storicamente più rappresentative. Benché il sistema costituzionale di pesi e contrappesi tra gli artt. 36 e 39 si fosse, nel dopoguerra, assestato in favore del primo (40), la buona tenuta, per decenni, del sistema contrattuale aveva contribuito a smorzare, nel divenire concreto dei rapporti economico-sociali, la dimensione «individuale» dei meccanismi di tutela delle retribuzioni minime (41): la materia della re-

(38) È significativo, del resto, che, proprio nella fase di maggiore forza dell'azione sindacale (coincisa con gli anni settanta e ottanta), «l'interesse per la prospettiva di una legislazione sui minimi salariali tocca il suo minimo storico [probabilmente a causa della diffusione della contrattazione collettiva, favorita dalla legislazione promozionale dell'attività sindacale contenuta nello Statuto dei lavoratori]»: così, Magnani 2010, 779.

(39) Montuschi 2010, 427.

(40) Zoppoli 1994, 95: «se fosse stato attuato l'art. 39 e i contratti collettivi avessero avuto efficacia *erga omnes* e diffusione di fatto generalizzata, probabilmente l'art. 36 sarebbe rimasto confinato tra le affermazioni di principio»; come noto, «L'alternativa è consistita nella tutela offerta in chiave individuale e con meccanismi che hanno ridimensionato ogni "passaggio" contrattuale». Sui rapporti tra art. 36, c. 1, Cost. e art. 39 Cost., vd. altresì Treu (1979, *passim*, ma per quanto qui rileva 79): «non c'è dubbio che l'intervento giudiziale e la fortuna eccezionale dell'articolo in esame, 1° comma, anche rispetto ad altri ordinamenti provvisti del medesimo principio costituzionale, si presentano nei fatti come l'altra faccia del fallimento dell'ordinamento contrattuale ipotizzato dal Costituente nell'art. 39».

(41) Il pendere della tutela dal lato della dimensione collettiva o individuale dipende, in ultima analisi, dalla maggiore o, rispettivamente, minore capacità del sistema di relazioni industriali di imporre le disposizioni poste dai contratti collettivi di settore oltre i limiti del diritto comune. In questo senso, Marinelli 2010, 97: «l'intervento del giudice è tanto meno ampio, quanto maggiormente diffusa è in concreto l'applicazione

tribUZIONE rappresenta, così, un esempio d'integrazione riuscita tra *individuale e collettivo* (42).

Oggi, tuttavia, in un sistema contrattuale caotico (43), quanto ai soggetti che vi operano e ai perimetri negoziali (44), non è scontato il mantenimento di un tale equilibrio (45); è più incerta, e in molti casi in effetti controversa, la selezione in giudizio del contratto collettivo da utilizzare come parametro di una retribuzione giusta. Infatti, per un verso, si moltiplicano gli accordi conclusi da organizzazioni dalla (sovente) dubbia rappresentatività, che offrono ai datori di lavoro una «ghiotta» occasione per ridurre gli oneri economici e organizzativi connessi all'utilizzazione del lavoro altrui (46). Per altro verso, è lo stesso sindacato confederale storico a contribuire al disordine del sistema negoziale: la frequente intersezione tra gli ambiti di applicazione individuati da importanti contratti di settore, oltre ad alimentare tensioni tra federazioni di categoria (di una medesima confederazione) e tra federazioni e confederazione (47), finisce per ampliare ulteriormente i margini di scelta dei datori di lavoro nella individuazione del contratto collettivo da applicare ai rapporti di lavoro (48). Tutto ciò, inevitabilmente, si riflette nel funzionamento del meccanismo giudiziario di tutela delle retribuzioni minime.

Se, in passato, l'eventualità che il giudice fosse chiamato a pronunciarsi *ex art. 36 Cost.* sulle tariffe collettive era un'ipotesi (ammessa, ma) a tutto concedere infrequente (49) – per lo più limitata ai casi di applicabilità ai

del contratto collettivo. Conseguentemente, si è da tempo rilevato in dottrina come la maggior parte delle controversie abbia interessato settori economici, zone o lavori marginali, ovvero riguardanti aree del paese caratterizzate da livelli retributivi più bassi rispetto alla media».

(42) Zoli 1996.

(43) Dall'8° *Report* periodico dei Ccnl vigenti depositati presso l'archivio Cnel (settembre 2018) risultano 884 Ccnl.

(44) Magnani 2018, Marazza 2018.

(45) Zilio Grandi 2011, 607-608.

(46) Di recente: Olini 2016; Ciucciovino 2018; Forlivesi 2018.

(47) Cfr. Scarpelli 2012, 1448.

(48) Costituisce forse una semplificazione eccessiva – o un «malinteso diventato ormai diritto vivente», nelle parole di Pedrazzoli (1990, 359) – l'allusione a una *libertà di scelta* del datore di lavoro del contratto collettivo da applicare ai rapporti intrattenuti con i prestatori, ma essa non si allontana poi molto dai meccanismi di funzionamento di un sistema in cui «un atto di autonomia privata individuale come l'adesione (o la dissociazione) possa in generale avere la virtù di “destrutturare” il funzionamento dell'autonomia collettiva come ordinamento» (*ibidem*). Tra i primi, ad aver offerto tale lettura: Pera 1960.

(49) E guardata con diffidenza in dottrina, sia perché tale giudizio imporrebbe un

rapporti di lavoro di contratti collettivi di diverso livello (50), o di individuazione dei contratti collettivi applicabili alle aziende artigiane (51) o di inadeguatezza delle tariffe previste dai contratti collettivi per il personale delle scuole private rispetto a quelle negoziate per gli istituti pubblici (52) —, sembra che oggi un contenzioso di questo tipo si presenti con maggiore assiduità, con esiti non scontati. Prima di darne conto, è opportuno riprendere, per linee generali, i termini del problema della selezione dei contratti collettivi da assumere a parametro della retribuzione giusta. È consolidato, nell'ordinamento giuridico, il principio per il quale i datori di lavoro non solo non sono tenuti ad applicare un contratto collettivo, ma, nel caso in cui decidano di applicarne uno, potranno selezionare, senza particolari vincoli, anche quello «di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta» (53). D'altra parte, benché i lavoratori non possano «aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso [da quello effettivamente applicato] se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale», è possibile «richiamare tale [diversa] disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*, deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico

delicato bilanciamento tra l'art. 36, c. 1, e l'art. 39, c. 1, Cost., sia perché, su un piano «politico», esso equivarrebbe a mettere in discussione la principale prerogativa delle organizzazioni sindacali (la competenza tariffaria): cfr., sul punto: Vallebona 1997, 412, e Liso 1998, 218.

(50) Cass. 15.5.1990, n. 4147, in *GCM*, 1990, n. 5, relativa al caso di un contratto aziendale peggiorativo del trattamento previsto dal nazionale.

(51) Cass. 23.11.1992, n. 12490, in *RIDL*, 1993, II, 738 ss., con nota di Balletti.

(52) Cass. 22.8.1997, n. 7885, in *RIDL*, 1998, II, 666 ss., con nota di Angelini.

(53) Cass. 26.3.1997, n. 2665, S.U., in *GC*, 1997, 1199 ss., con nota di Pera, e in *GI*, 1998, 915 ss., con nota di Marazza, che hanno composto in senso negativo l'annosa diatriba circa l'applicabilità dell'art. 2070 c.c. al contratto collettivo di diritto comune. Ricostruisce la giurisprudenza successiva sul tema Galizia (2009, 601-605). Tale sfera di libertà del datore di lavoro si comprime, come noto, ai fini della determinazione della retribuzione utile per il calcolo dei contributi (art. 2, c. 25, l. n. 549/1995, di interpretazione autentica dell'art. 1, c. 1, d.l. n. 338/1989, conv. con modifiche dalla l. n. 389/1989), che, in caso di una pluralità di contratti collettivi per la medesima categoria, impone di calcolare i contributi previdenziali e assistenziali sulla base delle retribuzioni previste dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative della categoria, nonché (ma in virtù di dispositivi incentivanti) per le imprese che fruiscono di sgravi contributivi o fiscalizzazione degli oneri sociali (il cui accesso è condizionato, sia pure in termini diversi dalla normativa sovrappostasi negli anni, all'applicazione dei contratti collettivi: vd., in giurisprudenza, Cass. 1.10.2015, n. 19639, in *DeJure*) o che siano appaltatrici o subappaltatrici in un appalto pubblico (spec. artt. 23, c. 16, 30, cc. 3-4, 50, c. 2, d.lgs. n. 50/2016).

previsto nel contratto applicato» (54); si ammette, inoltre, che il giudice possa prendere a parametro, nel caso in cui sia utile per determinare la giusta retribuzione, un contratto collettivo che disciplini «prestazioni lavorative affini o analoghe» (55). Al riguardo, tuttavia, il giudice del merito deve dare prova di *self-restraint*, nel dichiarare la nullità delle clausole retributive previste dai contratti collettivi applicati ai rapporti di lavoro; potrà procedere in tal senso, secondo la Cassazione, solo se accerta «specificamente la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto collettivo applicato» (56), il che può avvenire, in particolare, in caso di *sostanziali* scostamenti della paga base rispetto a quella di un contratto collettivo di settore assunto come parametro di confronto. Tale valutazione trascura, a ben vedere, l'indagine sulla natura, per così dire, più o meno rappresentativa dei sindacati stipulanti: a venire in rilievo è la comparazione tra i minimi retributivi garantiti dai contratti collettivi che vengono posti a confronto (57). Si comprende, allora, tornando al punto di partenza, perché la giurisprudenza stenti, in questi anni, a contrastare il *dumping* salariale dei contratti collettivi «pirata»; specialmente quando, rispetto ai contratti collettivi «confederali» che possono essere utilizzati quale parametro di confronto, la differenza nella paga base sia tutto sommato modesta – e sembra che ciò ricorra con una certa frequenza, giacché vi sono altri elementi (vantaggi) normativi ed economici che inducono ad applicare un contratto collettivo «parallelo» (58) –, il giudice rischia di avere le mani legate (59).

(54) Sulla scia delle S.U. del 1997, da ultimo, Cass. 18.12.2014, n. 26742, e Cass. 27.9.2018, n. 23336, entrambe in *DeJure*.

(55) Tra le molte, Cass. 5.7.2002, n. 9759, in *DeJure*.

(56) Così, Cass. 9.5.2003, n. 7157, in *DeJure*.

(57) Se si vuole, ne rappresenta una dimostrazione (anche se *a contrario*) il fatto che le tariffe collettive di un contratto stipulato da organizzazioni certamente rappresentative, se eccessivamente basse, possano essere dichiarate nulle per contrasto con l'art. 36 Cost., come in un caso (a quanto consta isolato) sottoposto di recente al Tribunale di Milano (T. Milano 30.6.2016, n. 1977, in *Labor*, 2017, 233 ss., con nota di Centamore, confermata da C. App. Milano 28.12.2017, n. 1885). In altri termini, la valutazione di adeguatezza della retribuzione prevista da un contratto collettivo dipende esclusivamente dall'entità dei minimi tabellari previsti.

(58) Sia consentito il rinvio a Centamore 2018.

(59) Si prenda una pronuncia del Tribunale di Teramo, in cui è stata (sul punto) rigettata la domanda di applicazione (a fini retributivi) del Ccnl abbigliamento e confezioni industria (Smi e Femca-Cisl, Filctem-Cgil, Uiltec-Uil) in luogo di quello «Cisal», applicato al rapporto di lavoro (si dovrebbe trattare del Ccnl Laif, Anpit e Cisl Terziario, Failts-Cisal, Cisl), sul presupposto, per un verso, che «la prospettazione attorea appare fortemente carente circa gli elementi dai quali dovrebbe desu-

4. — *Prove (più o meno riuscite) di salario minimo legale* — Per contrastare le degenerazioni del fenomeno della pluralità di contratti collettivi (in una medesima «categoria»), il legislatore ha introdotto, nel 2007, per il settore cooperativo, un meccanismo che impone di applicare ai soci lavoratori trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria (60). Tale disposto ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale, in una sentenza che svolge un ragionamento limpidissimo (61). In base al disposto dell'art. 3, c. 1, l. n. 142/2001, e dell'art. 7, c. 4, l. n. 31/2008, parrebbe possibile superare due tra i principali limiti dell'orientamento giurisprudenziale *ex art. 36 Cost.*: da un lato, si attribuisce al giudice uno strumento (potenzialmente) efficace di selezione delle tariffe collettive, consentendo di «spiazzare» i soggetti meno rappresentativi nel sistema di relazioni industriali; dall'altro lato, si amplia, oltre il minimo costituzionale, la platea di voci ricomprese nel trattamento economico (appunto, complessivo) cui dare applicazione, come sta condivisibilmente affermando la giurisprudenza (62). Tuttavia, a qualche anno dall'entrata in vigore, la novella del 2007 si espone a qualche rilievo critico. Infatti, a un esame della giurisprudenza sinora pronunciata, emerge una notevole incertezza negli esiti dei giudizi instaurati da soci lavoratori: per un verso, per la difficoltà di provare, in concreto, il diverso pe-

mersi la violazione del minimo costituzionale» e, per altro verso, che al rapporto era comunque applicata «una contrattazione collettiva non già del tutto innaturale rispetto alle oggettive caratteristiche dell'impresa, ma relativa ad attività quantomeno affine a quella svolta, con applicazione documentata di istituti aggiuntivi rispetto a quelli che compongono il cd. "minimo costituzionale"» (T. Teramo 9.5.2013, n. 322, in *DeJure*). In una pronuncia del Tribunale di Pescara, similmente, è stata rigettata (sul punto) la domanda di applicazione (si precisa sempre: a fini retributivi) del Ccnl turismo e pubblici esercizi (Federalberghi, Confcommercio e altre, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil), in luogo di quello commercio «Cnai» (Cnai e Uicet, con Fenascalc e Cisl), ove si afferma: «Peraltro, il Ccnl applicato prevede una retribuzione mensile lorda ordinaria inferiore solo del 15% (Euro 1.100,00 circa a fronte di Euro 1.300,00 circa) rispetto a quello invocato, e di ammontare per nulla infimo» (T. Pescara 7.10.2016, in *Pluris*).

(60) Art. 7, c. 4, d.l. n. 248/2007, conv. con modifiche dalla l. n. 31/2008, che ha puntualizzato quanto disposto dall'art. 3, c. 1, l. n. 142/2001. Più recentemente, tale meccanismo è stato sperimentato, con una formulazione più ampia e comprensiva, per il cd. terzo settore (art. 16, d.lgs. n. 117/2017): vd. Orlandini 2018.

(61) Cfr., Barbieri 2015, 497, ma *passim*.

(62) Il trattamento economico previsto dal contratto collettivo *leader* va osservato quanto al minimo costituzionale e alle altre voci contrattuali: così, di recente, Cass. 21.2.2019, n. 5189, ma vd., altresì (su fattispecie precedenti all'entrata in vigore della

so rappresentativo delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro; per altro verso, per l'assenza, nel nostro sistema giuridico-sindacale, di una delimitazione delle categorie contrattuali (63). Inoltre, non è forse meno rilevante che un dispositivo di questo tipo, se non esteso all'intero mercato del lavoro (64), si presti a facili elusioni; non per caso, in alcuni territori, nei quali, negli anni, aveva attecchito il fenomeno delle «cooperative spurie», la forma cooperativa (ormai considerata troppo «sotto i riflettori» della stampa e della magistratura) è in via di sostituzione con altri modelli societari, persino più agili dal punto di vista economico-organizzativo (come le Srl semplificate): si esce, così, facilmente, dal cono di luce della disciplina del 2001-2007, vanificando ogni intento di tutela del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I., Imberti L. (2018), *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in *LLI*, n. 2, 3 ss.
- Angiello L. (2003), *La retribuzione*, II ed., Giuffrè, Milano.
- Barbieri M. (2006), *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 556 ss.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, II, 493 ss.
- Bellavista A. (1999), *La clausola sociale dell'art. 36 St. lav. e l'art. 2070 c.c.*, in *RIDL*, II, 462 ss.
- Bellavista A. (2014), *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 741 ss.
- Bellomo S. (2017), *Sub art. 36*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 164 ss.
- Centamore G. (2018), *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?* , in *VTDL*, 471 ss.
- Ciucciovino S. (2018), *Mettere ordine nella giungla dei Ccnl: un'esigenza indifferibile*, in *DLRI*, 227 ss.
- Dell'Olio M. (1996), *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *ADL*, 1 ss.
- Dell'Olio M. (2004), *La retribuzione*, in *Impresa e lavoro*, t. I, II ed., in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 597 ss.

novella del 2007-2008): Cass. 4.8.2014, n. 17583, e Cass. 28.8.2013, n. 19832, in *Pluris*; in giurisprudenza di merito, T. Alessandria 13.3.2018, in *Pluris*. In dottrina, cfr. Barbieri 2006.

(63) Cfr., Magnani 2018, Alvino, Imberti 2018, ma sia consentito anche il rinvio a Centamore 2018, 487-488.

(64) Come si auspica in alcuni settori della dottrina: vd. Bellavista 2014, Orlandini 2018, Pascucci 2018.

- Franzini M. *et al.* (2014), *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi? Le disuguaglianze estreme nel capitalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna.
- Galizia C. (2009), *La giusta retribuzione tra punti fermi e questioni aperte*, in *DLM*, 597 ss.
- Ichino P. (2010), *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, I, 719 ss.
- Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 191 ss.
- Liso F. (2018), *Qualche erratica considerazione sul recente Accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino Adapt*, n. 16, 23 aprile.
- Magnani M. (2010), *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, I, 769 ss.
- Magnani M. (2018), *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 376.
- Marazza M. (2018), *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *LLI*, n. 2, I ss.
- Marinelli M. (2010), *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *ADL*, 86 ss.
- Montuschi L. (2010), *La Costituzione come fonte regolatrice 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*, Cedam, Padova, 416 ss.
- Nogler L., Brun S. (2018), *Sub art. 36*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 40 ss.
- Oecd (2018), *Employment Outlook*.
- Olini G. (2016), *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 417 ss.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 7 ss.
- Palladini S. (2012), *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in Gagnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 25 ss.
- Pascucci P. (2018), *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione al congresso Aidlass 2018, Palermo 17-19 maggio 2018.
- Pedrazzoli M. (1990), *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 355 ss., 549 ss.
- Pera G. (1953), *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *DL*, I, 99 ss.
- Pugliatti S. (1949-1950), *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *RGL*, I, 189 ss.
- Ricci M. (2011), *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *LD*, 635 ss.
- Roccella M. (2011), *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *LD*, 421 ss.
- Santoro Passarelli F. (1948), *Spirito del diritto del lavoro*, in *DL*, I, 273 ss.

- Scarpelli F. (2012), *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in Broilo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1421 ss.
- Tomassetti P. (2017), *Contrattazione collettiva, differenziali retributivi e disuguaglianze sociali*, in *DRI*, 457 ss.
- Treu T. (1979), *Sub art. 36*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici. I*, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 72 ss.
- Treu T. (2019), *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 386.
- Vallebona A. (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *DLRI*, 381 ss.
- Zilio Grandi G. (2011), *Un'introduzione: fonti, struttura e funzioni della retribuzione, quindici anni dopo*, in *LD*, 599 ss.
- Zoli C. (1996), voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *DDPComm.*, Utet, Torino, 418 ss.
- Zoli C. (1997), *La retribuzione tra garantismo e flessibilità: recenti scenari contrattuali e giurisprudenziali*, in *DRI*, 19 ss.
- Zoppoli L. (1994), *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in Caruso B. et al. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Jovene, Napoli, 91 ss.
- Zoppoli L. (2018), *La retribuzione*, in *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Lavoro*, Giuffrè, Milano, 327 ss.

ABSTRACT

L'Autore analizza gli orientamenti della giurisprudenza in tema di retribuzione adeguata ex art. 36 Cost., mettendo in luce le posizioni consolidate e alcune recenti acquisizioni. Inoltre, si sofferma su alcune criticità di tale orientamento, emerse negli ultimi anni in corrispondenza della crisi del sistema di contrattazione collettiva, e alle quali il legislatore ha cercato di porre rimedio.

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FAIR WAGE OR THE DILEMMA OF THE JUDGE

The Author analyses the case law regarding the right to a fair wage enshrined in art. 36 of the Italian Constitution. In particular, he tries to shed some light on some recent developments of the case law. Furthermore, he points out how problematic, in these years, the effectiveness of this right might be, due to the crisis of the system of collective bargaining.

Marco Novella ()*

EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ALLA RETRIBUZIONE E ATTIVITÀ DI VIGILANZA

SOMMARIO: 1. La retribuzione come diritto fondamentale: le misure di rafforzamento dell'effettività nella dimensione del diritto privato. — 2. La dimensione pubblica del diritto alla retribuzione. — 3. Diritto pubblico sanzionatorio e diritto alla retribuzione. — 4. Profili di ineffettività del diritto alla retribuzione. — 5. L'azione ispettiva a tutela di interessi individuali: la diffida accertativa del credito retributivo. — 6. Dall'accertamento alla conciliazione. La conciliazione monocratica come mezzo per la tutela del credito del lavoratore.

1. — *La retribuzione come diritto fondamentale: le misure di rafforzamento dell'effettività nella dimensione del diritto privato* — Il diritto alla retribuzione è usualmente qualificato come «diritto fondamentale» del lavoratore (1). In una prima accezione, riferita agli elementi essenziali del contratto di lavoro, la retribuzione assume il carattere di diritto fondamentale del lavoratore nella misura in cui è anche l'obbligazione fondamentale del datore di lavoro (2). In una seconda accezione, aperta alla considerazione della sua funzione sociale, la retribuzione è considerata altresì diritto fondamentale, ma nei limiti della misura «adeguata» imposta, anche oltre la logica della corrispettività del contratto, dall'art. 36 Cost. (3).

Con l'indagine che si intende compiere non si vuole porre in dubbio tale qualificazione. Interessa invece verificare se al riconosciuto carattere fondamentale del diritto alla retribuzione corrisponda una tutela particolarmente intensa, e quindi un grado di effettività elevato, del diritto stesso (4).

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Genova.

(1) Scognamiglio 1978, 73 ss.

(2) Perone 1989, 34.

(3) Per una completa rassegna della dottrina che qualifica come «fondamentale» il diritto alla retribuzione adeguata *ex* art. 36 Cost. vd. Pascucci (2018, 3), il quale afferma che la retribuzione, «almeno con riferimento alla sua dimensione minima costituzionale, [è] il diritto fondamentale per antonomasia della persona che lavora».

(4) Sulla nozione di effettività, tra i molti: Piovani 1965, 420 ss.; Gavazzi 1989; Irti 2009; Catania 2009.

La verifica sarà condotta attraverso il censimento delle discipline e delle misure, di natura privatistica e di natura pubblicistica, previste dall'ordinamento per indurre il datore di lavoro a corrispondere la retribuzione dovuta e per garantire una efficace tutela del credito in caso di inadempimento dell'obbligo retributivo.

Estranea all'indagine che si intende svolgere è invece la verifica del grado di applicazione, in concreto, delle discipline in materia di retribuzione. Una verifica di questo tipo, utile in prospettiva *de iure condendo*, richiederebbe strumenti conoscitivi estranei all'analisi giuridica (5).

Se si guarda ai profili privatistici di disciplina, emerge come il diritto alla retribuzione benefici di un regime giuridico di tutela rafforzato per quanto concerne non solo l'*an* della retribuzione, ma anche la garanzia del pagamento del credito retributivo e la determinazione del *quantum* della retribuzione spettante al lavoratore.

Sotto il primo profilo, contribuiscono alla tutela rafforzata le norme di cui agli artt. 2126 e 2099, comma 2, c.c., oltre che la riconosciuta presunzione di onerosità del lavoro subordinato.

Sul versante della tutela del credito retributivo, depongono nello stesso senso: le discipline dell'impignorabilità, insequestrabilità, non compensabilità, incedibilità del credito retributivo; le discipline dei privilegi nei casi di insolvenza del datore di lavoro; le discipline della responsabilità in solido negli appalti, nella somministrazione di lavoro o nel trasferimento d'azienda (6). Laddove non ha disposto il legislatore, è intervenuta la Corte costituzionale, attraverso la correzione della disciplina codicistica in materia di prescrizione, tanto da determinare una divaricazione tra la regola di decorrenza della prescrizione dei diritti non retributivi del lavoratore, che rimane quella generale (art. 2935 c.c.), e quella dei

(5) A meno di non accedere alla dimensione teorica propria del realismo giuridico, e quindi individuare una relazione di necessità tra effettività di una norma e sua validità, l'accertamento della sistematica mancata applicazione di una norma, cioè l'accertamento della sua ineffettività, non determina effetti sulla validità della stessa: cfr. Bobbio 1993.

(6) Sul piano processuale, contribuisce a rafforzare il diritto alla retribuzione: la provvisoria esecutività della sentenza (sino all'eventuale contraria decisione in appello) nel caso di condanna al pagamento di crediti di lavoro a favore del lavoratore (art. 431, comma 1, c.p.c.); la possibilità di adottare da parte del giudice, prima di giungere a sentenza, ordinanza esecutiva, non impugnabile, di pagamento delle eventuali somme non contestate (art. 423, comma 1, c.p.c.) o delle somme per le quali sia stata già raggiunta prova del debito del datore di lavoro (art. 423, comma 2, c.p.c.), oltre che la disciplina della rivalutazione monetaria (art. 429, comma 3, c.p.c.).

crediti retributivi, che invece dipende dal regime di stabilità del rapporto di lavoro (7).

Infine, sotto il profilo della garanzia del *quantum* della retribuzione, l'esigenza di assicurare al lavoratore una retribuzione adeguata pur in mancanza di norme sull'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi ha determinato, fin dagli anni cinquanta del secolo scorso (8), il successo della tesi favorevole a riconoscere l'immediata precettività dell'art. 36, comma 1, Cost. nei rapporti tra privati, con conseguente elevazione delle tariffe dei contratti collettivi di lavoro a punto di riferimento per la determinazione giudiziale della retribuzione «adeguata» ai sensi della citata norma costituzionale (9).

In tempi più recenti, la volontà di assicurare un salario adeguato a talune categorie di lavoratori ha indotto il legislatore a stabilire il compenso minimo legale orario per il lavoro accessorio tramite *voucher* (d.l. n. 50 del 2017 e sue modificazioni e integrazioni) e a determinare il trattamento economico minimo per i soci lavoratori di cooperativa (art. 7, comma 4, d.l. n. 248 del 2007) (10). Più risalenti sono invece le disposizioni volte a definire la retribuzione minima dovuta ai lavoratori subordinati a domicilio (art. 8, l. n. 877 del 1973).

2. — *La dimensione pubblicistica del diritto alla retribuzione* — Nelle occasioni richiamate, il rafforzamento del diritto alla retribuzione è avvenuto tenendo ferma la sua natura di diritto patrimoniale di credito (11). Minoritaria è rimasta la dottrina che, in tempi risalenti, e nel tentativo di fondare il diritto alla retribuzione fuori dal contratto di lavoro, e fuori dal diritto privato, ne ha proposto la qualificazione come diritto assoluto della personalità (12).

Neppure, del resto, ha avuto largo riscontro il tentativo di affermare l'indisponibilità rafforzata del diritto alla retribuzione minima, deducendola

(7) C. cost. 10.6.1966, n. 63; C. cost. 1.6.1979, n. 40, n. 41, n. 42, n. 43, n. 44, n. 45. La questione del *dies a quo* si è riaperta dopo la riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti (l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015).

(8) Tra le prime pronunce in tale senso: Cass. 12.5.1951, n. 1184, in *MGL*, 1951, 157 ss.; Cass. 5.11.1955, n. 3601, in *MGL*, 1956, 38 ss.

(9) Sul punto, Zoppoli 1994, 95.

(10) Norma giudicata legittima da C. cost. 26.3.2015, n. 51. Sulla questione vd., da ultimo, le considerazioni di Orlandini 2018, 7 ss.

(11) Mazzotta 2017, 459. Per la ricostruzione dell'obbligazione retributiva alla luce dei requisiti di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost., distinguendo tra obbligazione corrispettivo e obbligazione sociale, vd. Zoppoli 1991.

(12) Mortati 1951, 177; Nicolò 1951, 5 ss.; Pugliatti 1951, 174; Smuraglia, 1967, 329 ss. In senso critico: Scognamiglio 1966, 148; Persiani 1966, 68.

dal rango costituzionale del diritto, e dalla considerazione degli interessi pubblici protetti, in vista di un maggior grado di effettività dello stesso (13). Beninteso, il diritto alla retribuzione minima, così come il diritto di sciopero, il diritto ai riposi e alle ferie, il diritto alla sicurezza sul lavoro, sono considerati diritti, in sé, indisponibili: quel che non ha trovato seguito è stata la pretesa di desumere dalla loro rilevanza costituzionale la nullità di atti dispositivi del lavoratore relativi a diritti a contenuto patrimoniale discendenti dal diritto fondamentale o dal mancato godimento di esso (14). Seguendo la stessa linea di ragionamento, è stata rigettata dalla Corte costituzionale la tesi della indisponibilità assoluta del diritto alla retribuzione (15), e quindi della sua imprescrittibilità, riconoscendosi invece la prescrittibilità del diritto retributivo, seppure alle condizioni di cui si è già detto (16).

A essere privilegiata è stata dunque una lettura del diritto della retribuzione focalizzata sulla tutela degli interessi individuali del titolare del diritto. Una volta che il diritto sia entrato nel patrimonio giuridico del lavoratore, viene a cessare l'esigenza di tutela degli interessi più ampi, di carattere pubblico, che impongono l'applicazione uniforme dei precetti e delle condizioni poste da norme inderogabili, ammettendosi la relativa disponibilità del diritto retributivo nei limiti dell'art. 2113 c.c.

3. — *Diritto pubblico sanzionatorio e diritto alla retribuzione* — Le considerazioni svolte rivelano le remore degli interpreti a sposare l'approccio pubblicistico al diritto alla retribuzione.

(13) Di Majo 1982, I, 402; Prosperetti U. 1964, 65 ss.; Smuraglia 1971, 804. L'affermazione della indisponibilità del diritto alla retribuzione minima è presente anche in Zoppoli 1991, 331 ss., e in Roma 1997, 9 ss.

(14) La dottrina prevalente (Pera 1990, 41; Cester 1989, 987) limita le ipotesi di indisponibilità assoluta dei diritti patrimoniali derivanti da norma inderogabile ai soli casi specificamente previsti dalla legge, dovendosi applicare, una volta che il diritto sia entrato nel patrimonio giuridico del lavoratore, l'art. 2113 c.c.

(15) Smuraglia 1967, 369 ss.; *Idem* 1971, 370 ss.

(16) Secondo la già citata sentenza n. 63 del 1966 della C. cost., «la garanzia costituzionale di un diritto non vieta, di per sé, che esso si estingua per il decorso del tempo». Il diritto alla retribuzione, nella sua dimensione di diritto della personalità, è imprescrittibile, mentre le «pretese patrimoniali, derivanti di volta in volta dalla lesione di quel diritto», non possono farsi valere in perpetuo. L'adozione da parte della Corte costituzionale di una posizione compromissoria non implica, peraltro, che la tesi dell'imprescrittibilità del diritto alla retribuzione debba giudicarsi irrilevante nel processo di evoluzione del diritto del lavoro, avendo invece contribuito, quantomeno, al processo di rilettura delle regole della prescrizione alla luce dei principi costituzionali di tutela del lavoro.

Sul versante del diritto positivo, tali riserve trovano corrispondenza, probabilmente non casuale, nella modesta rilevanza pratica e nella farraginosità dell'apparato pubblico sanzionatorio in materia di retribuzione (17). La violazione degli obblighi del datore in materia di retribuzione assai raramente è punita con l'applicazione di sanzioni pubblicistiche.

Nell'ambito del diritto penale, traccia di una qualche rilevanza ai fini sanzionatori della violazione degli obblighi retributivi si trova nella disciplina di cui all'art. 603-*bis* c.p. Tuttavia, l'ipotesi della «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato» non è fattispecie di per sé sanzionata, ma – ai sensi della citata disposizione del codice penale – costituisce «indice di sfruttamento» ai fini della configurazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (18).

Con riferimento alla configurazione di illeciti amministrativi, le rare ipotesi sanzionatorie paiono appartenere a un sistema lacunoso e caratterizzato da diffusa irrazionalità.

Qualche esempio può chiarire il significato dell'affermazione.

Una prima ipotesi sanzionatoria che colpisce il comportamento del datore di lavoro che non retribuisca il lavoratore nella misura spettante è disposta nella risalente legge 27 maggio 1949, n. 260, come modificata dalla legge 31 marzo 1954, n. 90, relativa al lavoro nei giorni delle festività previste per legge. Sopravvissuto alle varie stagioni del diritto del lavoro, l'art. 6 della legge n. 260/1949 (modificato dall'art. 75, d.lgs. n. 507/1999) dispone una sanzione amministrativa (19) nei confronti del datore di lavoro che non abbia corrisposto ai lavoratori la retribuzione globale di fatto giornaliera, comprensiva di ogni elemento accessorio, secondo i criteri previsti dalla disposizione stessa, con la maggiorazione prevista per il lavoro festivo (20).

(17) Sulla necessità di adeguare il complesso degli strumenti sanzionatori al grado di rilevanza degli interessi coinvolti, vd. Smuraglia 1979, 63.

(18) Un ulteriore profilo di rilevanza penalistica derivante dalla violazione di regole sulla retribuzione è stato posto in luce dalla giurisprudenza (Cass. pen. 14.4.2016, n. 18727, S. II, in *FI*, 2016, II, 345 ss.; Cass. pen. 20.4.2010, n. 16656, S. II, in *FI*, 2011, II, 100 ss.; Cass. pen. 21.9.2007, n. 36642, S. II, in *RIDL*, 2008, II, 359 ss., con nota di R. Casillo; Cass. pen. 11.2.2002, n. 5426, S. II, in *OGI*, 2002, 673 ss.) che ha ritenuto configurabile il reato di estorsione in presenza di svolgimento della prestazione a condizioni retributive e normative contrarie alla legge e ai contratti collettivi (sovente accompagnato da altre violazioni di legge).

(19) Da 154 a 929 Euro.

(20) Cfr. art. 5, legge n. 260/1949. L'esempio è citato da Rausei (2016a).

Altra sanzione amministrativa pecuniaria (21), introdotta in tempi assai più recenti, concerne la violazione dell'obbligo del datore di lavoro di retribuire le ore di lavoro straordinario effettuate dai lavoratori con le maggiorazioni stabilite dal contratto collettivo (art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003).

Il fatto che si tratti di due singole ipotesi isolate suscita seri dubbi sulla razionalità complessiva che ha indotto il legislatore a selezionarle, nell'ambito delle discipline della retribuzione, quali ipotesi di illecito meritevoli di misure sanzionatorie di carattere pubblicistico.

Le due ipotesi si inseriscono, peraltro, in un contesto normativo in cui manca, oggi, una disciplina che disponga in via generale la sanzionabilità della violazione degli obblighi retributivi previsti nel contratto collettivo di diritto comune, non essendo riferibili a quest'ultima fonte né l'art. 509 c.p. (22), né l'art. 8 della l. n. 741 del 1959 (23).

Sgombrato il campo dalle discipline da ultimo richiamate, che rappresentano relitti, neppure troppo ingombranti, di un passato ormai remoto, le ulteriori ipotesi punite con sanzioni di diritto pubblico riguardano soltanto in modo obliquo e indiretto la materia degli obblighi retributivi del datore di lavoro.

Si consideri, ad esempio, l'art. 28 del d.lgs. n. 198/2006, che vieta, nel suo comma 1, qualsiasi discriminazione, diretta e indiretta, in materia di retribuzione tra uomini e donne per quanto riguarda uno stesso lavoro (o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale), e che al comma successivo impone l'adozione di sistemi di classificazione professionale comuni per uomini e donne ai fini della determinazione delle retribuzioni. I precetti contenuti nella disposizione citata sono protetti, dopo la depenalizzazione intervenuta ai sensi del d.lgs. n. 8/2016, da sanzione amministrativa pecuniaria (24). Non sfugge, tuttavia, che in queste ipotesi l'intervento sanzionatorio pub-

(21) Da 25 a 154 Euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 a 1.032 Euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta (art. 18-*bis*, c. 6, d.lgs. n. 66/2003, e sue modificazioni e integrazioni).

(22) La disposizione, che sanziona l'inosservanza del contratto collettivo, è stata ritenuta applicabile da C. cost. 17.4.1957, n. 55 soltanto ai contratti collettivi *ex art.* 43 del d.lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369.

(23) Disposizione che sanzionava l'inosservanza dei decreti delegati di recepimento dei contratti collettivi depositati presso il ministero del Lavoro ai sensi della legge Vigorelli.

(24) La sanzione amministrativa va da 5.000 a 10.000 Euro. Sul punto, vd. Rausei 2016b, 1329.

blico punisce il comportamento del datore di lavoro che non corrisponda la retribuzione dovuta al prestatore solo se e in quanto tale comportamento integri una discriminazione. La controprova risiede nel fatto che nessuna sanzione è prevista ove due lavoratori ricevano retribuzioni diverse a parità di lavoro senza che il motivo della differenziazione sia determinato da discriminazione, cioè sia fondato su un fattore diretto di discriminazione (o su un fattore neutro, ma indirettamente discriminatorio).

Analoghe considerazioni in ordine alla tutela solo incidentale del diritto alla retribuzione possono ripetersi con riferimento alle previsioni, punite con sanzione amministrativa pecuniaria, dell'art. 25 del d.lgs. n. 81 del 2015, che stabilisce la regola di parità di trattamento economico (e normativo) per i lavoratori a termine (25), e dell'art. 35, comma 1, dello stesso decreto, che prevede il diritto dei lavoratori del somministratore, per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, a parità di mansioni svolte, all'applicazione di condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore (26).

Si tratta, anche in questo caso, di fattispecie isolate e scarsamente riconducibili a un coerente sistema sanzionatorio. Conferma ne è la circostanza che non sono previste analoghe sanzioni, pur nella evidente similitudine delle situazioni, in caso di discriminazione in materia retributiva per ragioni di razza e origine etnica (d.lgs. n. 215 del 2003) e di religione, convinzioni personali, handicap, età od orientamento sessuale (d.lgs. n. 216 del 2003). Egualmente, non trovano sanzione le violazioni delle regole di parità di trattamento retributivo previste per i lavoratori *part-time* e per i lavoratori intermittenti (artt. 7 e 17 del d.lgs. n. 81 del 2015).

Ne emerge una mappa delle violazioni sanzionabili per via amministrativa assai lacunosa e di difficile riconduzione a razionalità.

Tale giudizio non è suscettibile di revisione neppure se si prendono in considerazione, per completezza, ulteriori ipotesi di illecito, punite con sanzione amministrativa pecuniaria, in cui l'esigenza di effettività del diritto alla retribuzione è perseguita in via solo riflessa ed eventuale, attraverso precetti che impongono la corretta registrazione dei trattamenti retributivi dovuti nei documenti obbligatori.

Si vuole fare riferimento alle norme che sanzionano (art. 39, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 22, d.lgs. n.

(25) Nel caso di inosservanza degli obblighi, il datore di lavoro è punito con la sanzione amministrativa da 25,82 a 154,94 Euro. Se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori, si applica la sanzione amministrativa da 154,94 a 1.032,91 Euro.

(26) La sanzione amministrativa pecuniaria prevista va da 250 a 1.250 Euro.

151/2015) l'omessa o infedele registrazione di dati che devono comparire nel Lul (Libro unico del lavoro) ove queste determinino differenti trattamenti retributivi (oltre che previdenziali o fiscali) (27), e in particolare la scrittura di dati non corrispondenti rispetto alla qualità o quantità della prestazione lavorativa effettivamente resa o alle somme effettivamente erogate. La tutela in questo caso è indiretta ed eventuale perché a essere sanzionato è un comportamento che potrebbe essere, ma non necessariamente è, indicativo di un'ipotesi di inadempimento dell'obbligo retributivo (28).

Ulteriore, per molti aspetti simile, ipotesi sanzionatoria è quella contemplata dalla legge n. 4 del 1953 con riferimento alla corretta compilazione del prospetto paga. A essere punite con sanzione amministrativa pecuniaria (29) sono, tra le altre, l'omissione o l'inesattezza nelle registrazioni apposte sul prospetto paga. La sanzione può essere letta come misura volta a evitare che il datore di lavoro occulti al lavoratore una parte dei suoi crediti retributivi. La consegna di un prospetto di paga inesatto o privo di alcuni elementi potrebbe impedire la rivendicazione dei crediti. Sotto questo profilo, l'obbligo, sanzionato in via amministrativa, dovrebbe contribuire indirettamente all'effettività del diritto alla retribuzione.

4. — *Profili di ineffettività del diritto alla retribuzione* — All'esito della verifica compiuta emerge come ben poca fiducia possa riporsi nella idoneità dissuasiva del diritto pubblico sanzionatorio in materia di retribuzione.

Pur essendo difficile valutare se le sanzioni amministrative previste possano produrre, in ragione della loro entità, qualche effetto deterrente, la loro scarsa diffusione nella materia della retribuzione induce a ritenere che, complessivamente, l'effetto sia comunque trascurabile (30).

(27) L'ipotesi è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 150 a 1.500 Euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero a un periodo superiore a sei mesi la sanzione va da 500 a 3.000 Euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero a un periodo superiore a dodici mesi la sanzione va da 1.000 a 6.000 Euro.

(28) Potrebbe essere infatti semplicemente indicativo del pagamento di una parte di retribuzione «fuori busta» (e, in questo caso, a essere violata sarebbe la disciplina previdenziale o fiscale).

(29) Da 150 a 900 Euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero a un periodo superiore a sei mesi la sanzione va da 600 a 3.600 Euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero a un periodo superiore a dodici mesi la sanzione va da 1.200 a 7.200 Euro.

(30) Contribuisce alla formulazione del giudizio anche la comune consapevolezza del basso rapporto tra consistenza numerica degli ispettori del lavoro e il totale delle aziende sottoponibili a ispezione.

I mezzi e gli strumenti idonei a garantire effettività al diritto alla retribuzione devono essere cercati altrove: il rispetto delle regole in materia di retribuzione può più realisticamente ottenersi attraverso l'iniziativa giudiziale del singolo o, indirettamente, per il tramite dell'azione rivendicativa attuata in via stragiudiziale dell'associazione sindacale, ove la lesione del diritto alla retribuzione del singolo lavoratore dipenda dalla mancata applicazione di clausole del contratto collettivo. Del resto, il legislatore ha sempre dimostrato di riporre fiducia nello strumento dell'autotutela sindacale e nella capacità delle organizzazioni sindacali di agire a presidio dell'applicazione dei contratti collettivi di lavoro: lo si può desumere, se non altro, dalla perdurante inerzia sul versante dell'attuazione dell'art. 39 Cost.

V'è da dire, però, che la riduzione della forza dell'azione sindacale verificatasi negli ultimi anni rischia di incidere negativamente sull'effettività del diritto alla retribuzione. Alcune ricerche empiriche, in effetti, segnalano che, nel mercato del lavoro italiano, esiste una quota di lavoratori che riceve retribuzioni inferiori ai minimi tabellari dei contratti collettivi nazionali (31).

Alla riduzione dell'effettività del diritto alla retribuzione partecipa peraltro anche la situazione di incertezza relativa all'individuazione del contratto collettivo di categoria utile per l'identificazione della retribuzione *ex* art. 36 Cost. È questa una difficoltà determinata dalla moltiplicazione dei soggetti sindacali (anche datoriali) e dalla compresenza, sempre più frequente, di più contratti collettivi destinati agli stessi ambiti applicativi. Il prezzo dell'incertezza è pagato da tutti i soggetti coinvolti, ma soprattutto dal lavoratore. Il fatto che la retribuzione dovuta dipenda da incerte indagini sull'applicabilità del contratto collettivo determina la riduzione delle probabilità che il prestatore utilizzi gli strumenti a sua disposizione per rivendicare la retribuzione dovutagli. Da questo punto di vista, l'incertezza sulla regola, che riduce il grado di consapevolezza rispetto al diritto rivendicabile, gioca a sfavore di chi ha interesse alla corretta applicazione della regola stessa.

A ciò si aggiunga che l'azione giudiziale del sindacato a tutela della posizione soggettiva del singolo lavoratore creditore di retribuzione è a oggi una soluzione non percorribile: la prevalente concezione secondo la quale la legittimazione ad agire deve trovare corrispondenza nella titolarità dei diritti tutelati attraverso l'azione limita l'iniziativa giudiziale del sindacato ai casi di lesione di interessi riferibili a quest'ultimo (32). Prospettive di-

(31) Garnero 2013; Lucifora 2017.

(32) Per una rilettura e revisione dei problemi relativi al rapporto tra azione sindacale e tutela giurisdizionale vd. Razzolini 2018, 107 ss.

verse potrebbero schiudersi con l'approvazione del disegno di legge Senato n. 844, che, ridisegnando la disciplina della azione di classe, dovrebbe consentire la tutela giudiziale di interessi individuali omogenei dei lavoratori attraverso l'azione proposta dall'associazione sindacale (33).

All'ineffettività derivante dalla limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo non può peraltro porre rimedio neppure l'azione degli organi ispettivi in materia di lavoro.

Non deve trarre in inganno la previsione di cui all'art. 7, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 124 del 2004, che affida al personale ispettivo il compito, fra l'altro, di «vigilare sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro». L'art. 7 prevede infatti la competenza degli ispettori del lavoro in relazione alla «corretta» applicazione dei contratti collettivi, e non, genericamente, all'applicazione degli stessi. La competenza a vigilare è dunque subordinata all'accertamento dell'applicabilità del contratto collettivo. Diversa era la formula contenuta nella disposizione di cui all'art. 4, comma 1, della l. n. 628 del 1961, che affidava all'allora Ispettorato del lavoro il compito di «vigilare sull'esecuzione dei contratti collettivi di lavoro». Il riferimento alla «esecuzione» e non alla «corretta applicazione» dei contratti collettivi rivela che, nel 1961, il legislatore probabilmente ancora si riferiva all'inosservanza dei contratti e accordi collettivi dotati di efficacia generalizzata (quantunque nei soli minimi di trattamento) ai sensi della legge n. 741 del 1959.

La lettera dell'art. 7 depona invece nel senso che la corretta applicazione dei contratti collettivi può essere oggetto di vigilanza solo ove il contratto collettivo sia applicabile, e la verifica dell'applicabilità, anche da parte degli ispettori, deve compiersi sulla base delle usuali modalità di verifica della volontà delle parti (34).

(33) Sul disegno di legge, vd. Razzolini 2019.

(34) L'accertamento della volontà può essere effettuato attraverso le verifiche delle dichiarazioni di assunzione o delle comunicazioni di assunzione al Centro per l'impiego. Per quanto riguarda l'eventuale necessità di provare l'adesione implicita al contratto collettivo, Santoro (2018, 94) suggerisce di effettuare l'esame dei cedolini paga. Il problema della individuazione del contratto collettivo applicabile, soprattutto ai fini dell'ottemperanza agli obblighi contributivi previdenziali, affatica anche gli organi ispettivi. Negli ultimi anni, il ministero del Lavoro prima, e l'Ispettorato nazionale del lavoro poi, hanno adottato note e circolari nel tentativo di orientare gli ispettori nella determinazione del contratto collettivo applicabile in presenza di contratti concorrenti. Vd., da ultimo, la circolare Inl n. 3 del 25 gennaio 2018.

5. — *L'azione ispettiva a tutela di interessi individuali: la diffida accertativa del credito retributivo* — Le considerazioni formulate in relazione alla scarsa efficacia della disciplina sanzionatoria pubblicistica non devono indurre a ritenere che la tutela del diritto alla retribuzione del singolo lavoratore sia estranea all'azione pubblica, e in particolare ai compiti istituzionali degli organi preposti alla vigilanza e all'ispezione in materia di lavoro.

Con un cambiamento di prospettiva assai rilevante, a partire dalla riforma dei servizi ispettivi contenuta nel d.lgs. n. 124 del 2004, il legislatore ha introdotto discipline che consentono di estendere l'azione ispettiva oltre l'accertamento dell'illecito amministrativo sino a ricomprendere la tutela dei diritti di credito del lavoratore che trovano fonte nella contrattazione collettiva, ed eventualmente anche nel contratto individuale.

Lo strumento a disposizione degli ispettori del lavoro è la diffida accertativa dei crediti pecuniari di cui all'art. 12 del citato d.lgs. n. 124, il quale stabilisce che, qualora nell'ambito dell'attività di vigilanza emergano inosservanze alla disciplina contrattuale da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore dei prestatori di lavoro, il personale ispettivo delle Direzioni del lavoro (ora dell'Ispettorato nazionale del lavoro) diffida il datore di lavoro a corrispondere gli importi risultanti dagli accertamenti.

Ai fini del presente scritto non è necessario indagare, nei dettagli, le caratteristiche dell'istituto della diffida accertativa (35). Quel che interessa sottolineare è la singolarità di una disciplina che consente al personale ispettivo di contribuire al soddisfacimento dei diritti di credito dei lavoratori collocandosi su un versante di tutela differente rispetto alle tutele pubblicistiche tradizionali, collegate all'accertamento degli illeciti e alla comminazione delle relative sanzioni.

Il legislatore pare avere preso atto della ineffettività di un modello sanzionatorio non soltanto ampiamente disarmato sotto il profilo delle ipotesi sanzionatorie, ma anche assai poco credibile nella sua pretesa di tutelare il diritto «fondamentale» alla retribuzione confidando nella presunta efficacia deterrente di sanzioni che colpiscono il comportamento del datore di lavoro, senza tuttavia comportare effetti diretti in ordine al soddisfacimento del credito vantato dal lavoratore.

Con l'introduzione della diffida accertativa, l'attività del personale ispettivo pare dunque essere funzionalizzata anche alla tutela di interessi creditori particolari del singolo lavoratore. Anzi, può ben dirsi che l'azione

(35) Sull'istituto della diffida accertativa, vd.: Cammalleri 2009; Vallebona 2004, 644 ss.; Marazza 2005, 23 ss.; Bolego 2005, 957 ss.; Gaspari, Guadagnino 2005, 68 ss.; Rausei 2004, 205 ss.; Lella 2006; Margiotta 2005, 99.

pubblica in materia di tutela dei crediti retributivi si svolga oggi prevalentemente al di fuori della prospettiva sanzionatoria e altresì al di fuori della tradizionale logica di tutela dell'interesse pubblico.

Certamente, l'attribuzione agli ispettori del lavoro del potere di diffida accertativa non risolve tutte le debolezze di un sistema normativo che affida ai contratti collettivi di diritto comune la determinazione della retribuzione. Il rispetto delle clausole della parte economica del contratto collettivo può essere infatti oggetto di verifica da parte degli organi ispettivi, ai fini dell'eventuale adozione della diffida accertativa, nei limiti in cui il contratto collettivo stesso sia applicato dal datore di lavoro.

Per contro, una volta accertata l'applicabilità del contratto collettivo, l'attività di vigilanza, in vista della eventuale adozione della diffida accertativa, si estende, in forza del già richiamato art. 7, d.lgs. n. 124 del 2004, a tutte le clausole dei contratti collettivi, indipendentemente dal loro livello (36). Coerente a tale conclusione è la prassi applicativa degli organi ispettivi in materia di lavoro (37).

6. — *Dall'accertamento alla conciliazione. La conciliazione monocratica come mezzo per la tutela del credito del lavoratore* — Il quadro non sarebbe completo se non si facesse cenno, infine, a quella che potrebbe essere considerata la frontiera estrema dell'azione degli organi pubblici in vista del soddisfacimento dei diritti retributivi del lavoratore. Il riferimento è all'istituto della conciliazione monocratica di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 124 del 2004. L'impianto complessivo dell'istituto è stato assai criticato, da parte sindacale, per l'ambiguità che lo contraddistingue. Esso infatti consente di evitare l'accertamento ispettivo delle situazioni di illecito denunciate nella richiesta di intervento del lavoratore attraverso la sottoscrizione e l'esecuzione di un accordo conciliativo tra datore di lavoro e lavoratore alla presenza di un funzionario dell'Ispettorato nazionale del lavoro (38). Inoltre, ricorrendo i presupposti previsti dallo stesso art. 11 (pagamento delle somme dovute al lavoratore e versamento dei relativi contributi previdenziali e assicurativi agli enti titolati), la conclusione dell'accordo transattivo in sede di conciliazione monocratica, oltre a es-

(36) Rauseri 2008, 24; Santoro 2018, 90.

(37) Vd., in proposito, Lippolis 2016, 2352 ss., e in particolare la risposta a interpello n. 21/2009 del ministero del Lavoro.

(38) La circolare n. 39 del 2009 del ministero del Lavoro pare avere stabilito una sorta di collegamento automatico e generalizzato tra richiesta di intervento e tentativo di conciliazione monocratica preventiva.

sere inimpugnabile ai sensi dell'art. 2113 c.c., produce l'effetto di estinguere il procedimento ispettivo (39).

Insieme ai segnalati elementi di ambiguità, la conciliazione monocratica, alla prova dei fatti, rivela anche insospettabili profili virtuosi.

In particolare, l'aspetto, ai nostri fini, di maggiore rilievo pare risiedere nella possibilità attribuita al lavoratore di utilizzare l'istituto per ottenere in via transattiva, in tempi rapidi e con l'intervento del funzionario dell'organo ispettivo, somme dovute a titolo retributivo e non corrisposte dal datore di lavoro (40). In effetti, la disciplina della conciliazione monocratica prevede che, ai fini della produzione degli effetti estintivi del procedimento, l'accordo debba necessariamente prevedere la corresponsione di una somma al lavoratore (41).

Il lavoratore che vanti crediti retributivi potrebbe dunque avvalersi della procedura di conciliazione monocratica per ottenere una somma senza che sia previamente accertata l'effettiva entità del credito, potendo contare oltretutto, nella fase di trattativa, su quanto disposto dall'art. 11, comma 5, il quale dispone che nell'ipotesi di mancato accordo (ovvero di assenza di una o di entrambe le parti convocate) si darà seguito agli accertamenti ispettivi nei confronti del datore di lavoro.

Si può obiettare che attraverso la diffida accertativa si può ottenere l'accertamento del credito e una diffida di pagamento della somma accertata, senza dovere definire in via transattiva la somma: l'obiezione è senz'altro fondata, ma non vale a occultare la diversa funzione dell'istituto di cui all'art. 11. A differenza della diffida accertativa, che può essere adottata solo ove siano già iniziati gli accertamenti ispettivi, cioè ove sia già avvenuto un accesso ispettivo in azienda a seguito di richiesta di intervento per l'accertamento di situazioni di illecito (o a seguito di una iniziativa di vigilanza programmata), la conciliazione monocratica è attivabile al di fuori e prima dell'eventuale procedimento ispettivo; inoltre, e la circostanza non è di poca importanza, la conciliazione monocratica può consentire di ottenere la liquidazione di una somma in tempi rapidi e senza spese anche nelle situazioni in cui il credito vantato sia di difficile accertamento, mentre la diffida accertativa è adottabile solo ove il credito sia certo, liquido ed esigibile.

(39) Vergari 2005, 110.

(40) Venturi 2014, 173.

(41) Zoli 2005, 953.

Riferimenti bibliografici

- Bobbio N. (1993), *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Bolego G. (2005), *La diffida accertativa per crediti di lavoro pecuniari*, in *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)*, in *NLCC*, n. 4, 957 ss.
- Cammalleri C.M. (2009), *Sistema della diffida accertativa per crediti patrimoniali. Struttura, disciplina, attuazione e rimedi*, FrancoAngeli, Milano.
- Catania A. (2009), *Diritto positivo ed effettività*, Esi, Napoli.
- Cester C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, XL, Giuffrè, Milano, 984 ss.
- Di Majo A. (1982), *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva*, in *RGL*, I, 393 ss.
- Garnero A. (2013), *Quanti lavoratori senza salario minimo*, in *www.lavoce.info*.
- Gaspari A., Guadagnino A. (2005), *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il d.lgs. 124/04*, Iuridica Editrice, Roma.
- Gavazzi G. (1989), voce *Effettività (principio di)*, in *EGT*, vol. XII, Roma.
- Irti N. (2009), *Significato giuridico dell'effettività*, Esi, Napoli.
- Lella G. (2006), *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari.
- Lippolis V. (2016), *Applicazione dei contratti collettivi: controlli ispettivi*, in *DPL*, 2352 ss.
- Lucifora C. (2017), *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in Dell'Aringa C. et al. (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, il Mulino, Bologna, 401 ss.
- Marazza M. (2005), *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2323 ss.
- Margiotta S. (2005), *Ispezioni in materia di lavoro. Decreto legislativo n. 124 del 23 aprile 2004*, Ipsoa.
- Mazzotta O. (2017), *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Mortati C. (1951), *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, I, 177 ss.
- Nicolò R. (1951), *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *RGL*, II, 5 ss.
- Orlandini G. (2018), *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 7 ss.
- Pascucci P. (2018), *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione presentata al congresso Aidlass di Palermo, 17-19 maggio 2018, bozza provvisoria.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Perone G. (1989), voce *Retribuzione*, in *ED*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 34 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Piovani P. (1965), voce *Effettività (principio di)*, in *ED*, vol. XIV, 420 ss.
- Proserpetti U. (1964), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano.

- Pugliatti S. (1951), *Ancora sulla retribuzione minima dei lavoratori*, in *RGL*, II, 174 ss.
- Rausei P. (2004), *Diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in Lucrezio Monticelli C., Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Giuffrè, Milano, 205 ss.
- Rausei P. (2008), *Vigilanza e sanzioni sulla contrattazione collettiva*, in *DPL*, 24 ss.
- Rausei P. (2016a), *Illeciti e sanzioni*, Ipsoa-Wolters Kluwer.
- Rausei P. (2016b), *Le sanzioni a tutela dei divieti di discriminazione*, in *DPL*, 1329 ss.
- Razzolini O. (2018), *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, FrancoAngeli, Milano.
- Razzolini O. (2019), *Verso l'azione di classe risarcitoria e l'azione collettiva inibitoria anche nel diritto del lavoro?*, in corso di pubblicazione in *ADL*.
- Roma G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.
- Santoro C. (2018), *La contrattazione collettiva nel diritto sanzionatorio del lavoro*, Adapt University Press.
- Scognamiglio R. (1966), *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Scognamiglio R. (1978), *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in R. Scognamiglio, *Il lavoro subordinato nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 13 ss.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Smuraglia C. (1971), *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti dei lavoratori*, in Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, II, 717 ss.
- Smuraglia C. (1979), *Le sanzioni penali nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato, Atti del VI Congresso nazionale di Diritto del lavoro*, Alba, 1-3 giugno 1978, Giuffrè, Milano, 59 ss.
- Vallebona A. (2004), *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *MGL*, 644 ss.
- Venturi D. (2014), *Conciliazione monocratica. Art. 11*, in Rausei P., Tiraboschi M. (a cura di), *L'ispezione del lavoro dieci anni dopo la riforma. Il d.lgs. n. 124/2004 fra passato e futuro*, Adapt University Press, 172 ss.
- Vergari S. (2005), *La riforma della funzione di vigilanza in materia di lavoro*, in Gualmini E. et al. (a cura di), *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Cedam, Padova, 81 ss.
- Zoli C. (2005), *La conciliazione monocratica*, in *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)*, in *NLCC*, n. 4, 953 ss.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli.
- Zoppoli L. (1994), *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione contributiva*, in Caruso B. et al. (a cura di), *La Retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Jovene, Napoli, 91 ss.

ABSTRACT

Il saggio cerca di mostrare come l'effettività del diritto alla retribuzione sia assicurata nell'ordinamento italiano con misure e strumenti che agiscono soprattutto a rafforzamento del diritto individuale del singolo lavoratore. Su questo versante, le garanzie riguardano: il diritto alla retribuzione anche in caso di invalidità del contratto di lavoro o di prestazione di fatto in violazione di legge; la tutela rafforzata del credito retributivo; la determinazione del minimo spettante al lavoratore, attraverso l'immediata applicazione dell'art. 36 Cost. Sul piano della tutela di diritto pubblico, assai ridotte sono le ipotesi di illecito sanzionate per via amministrativa. La scarsa efficacia della disciplina sanzionatoria pubblicistica non deve indurre a ritenere che la tutela del diritto alla retribuzione del singolo lavoratore sia estranea ai compiti degli organi preposti all'ispezione in materia di lavoro. Gli istituti della diffida accertativa dei crediti di lavoro e della conciliazione monocratica consentono infatti di estendere l'azione ispettiva oltre l'accertamento dell'illecito amministrativo sino a ricomprendere la tutela dei diritti di credito del lavoratore che trovano fonte nella contrattazione collettiva, ed eventualmente anche nel contratto individuale.

EFFECTIVENESS OF THE SALARY RIGHT AND INSPECTION ACTIVITIES

The essay tries to show how the effectiveness of the right to remuneration is ensured in the Italian legal system with measures and instruments aimed at strengthening the individual right of the worker. In this regard, the guarantees concern: the right to remuneration even in the event of invalidity of the employment contract or in case of work in fact; the enhanced protection of salary credit; the determination of the minimum due to the worker, through the immediate application of the art. 36 of the Constitution. In terms of protection under public law, administrative offenses relating to remuneration are very limited. The low effectiveness of the public sanctioning must not lead to believe that the protection of the right to the remuneration of the individual worker is a purpose extraneous to the tasks of the inspection bodies. The essay explores some substantive and procedural devices to extend the Inspectors intervention beyond the ascertainment of the administrative offense including the protection of the credit rights of the worker who find source in collective bargaining, and eventually also in the individual contract.

Valeria Zeppilli (*)

DISCONNESSIONE: UN'OCCASIONE MANCATA PER IL LEGISLATORE?

SOMMARIO: 1. La limitazione dei tempi di lavoro nella storia. — 2. Il diritto francese alla «*déconnexion*» e l'esperienza contrattuale tedesca. — 3. La disconnessione in Italia: il lavoro agile. — 4. La disconnessione nella prassi. — 5. Conclusioni.

1. — *La limitazione dei tempi di lavoro nella storia* — Oltre un secolo fa, Karl Marx scriveva che il lavoro è una merce, e che come lo zucchero si misura con la bilancia, così il lavoro si misura con l'orologio (1). Tale affermazione, benché su più fronti messa in crisi dal superamento del sistema taylorista-fordista della produzione (2), mostra il perché e su che base il tempo di lavoro sia stato posto al centro già dei primi ragionamenti dottrinali sviluppatisi in relazione alla prestazione lavorativa a partire dalla rivoluzione industriale.

Storicamente, la prima regolamentazione dell'orario ha avuto a oggetto la limitazione delle ore lavorate, per la quale la Francia si è posta tra i principali apripista a livello europeo: basti pensare che già nel 1848, appena conclusa la rivoluzione, l'orario di lavoro giornaliero nelle manifatture fu limitato dal Governo provvisorio a undici ore a Parigi e a dodici ore nella provincia (3). Ma l'obiettivo finale non era questo, posto che l'Associa-

(*) Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

(1) Marx 1849, 10.

(2) Il sistema di produzione taylorista-fordista si caratterizzava per il fatto che la prestazione lavorativa era organizzata in maniera rigida e seriale, e rimaneva del tutto indifferente alle istanze di riconoscimento individuale, di benessere e di partecipazione espressiva (cfr. Crouch 2001). Tale sistema entra in crisi a partire dalla seconda metà del XX secolo dinanzi alla comparsa di nuove tecnologie e alla diversificazione della domanda, che inizia a tendere al soddisfacimento di bisogni sempre più immateriali. Alla base della crisi vi sono anche la progressiva scomparsa del mercato del lavoro uniforme e la modifica e la variabilità dei rapporti tra domanda e offerta di lavoro dinanzi all'incremento delle competenze richieste dal sistema (cfr. Cresta 2006).

(3) Decreto del 2.3.1848. Del resto, Louis Blanc, nel suo discorso del 10 marzo

zione internazionale dei lavoratori, sin dal suo primo congresso nel 1866, auspicava la conquista delle otto ore giornaliere (4). Per quest'ultima, tuttavia, fu necessario percorrere una lunga strada di lotte e rivendicazioni durata sino al 1919, anno in cui la legge del 23 aprile istituì la giornata di otto ore di lavoro in una settimana di quarantotto (5). Lo slogan che caratterizzò il percorso verso tale obiettivo era quello delle «*trois huit*», overrosia otto ore per lavorare, otto ore per essere libero e otto ore per riposare.

Anche ispirandosi alle conquiste francesi, in breve tempo molti altri paesi europei introdussero nei loro ordinamenti la giornata lavorativa di otto ore: la Danimarca e i Paesi Bassi nel 1919, il Belgio nel 1921 e l'Italia nel 1923 (6). In realtà, oltre che in Francia, a livello europeo una rilevante limitazione dell'orario giornaliero di lavoro si era avuta già nel corso dell'Ottocento in Inghilterra, ove gli edili e i meccanici ottennero la giornata lavorativa di nove ore sin dal 1872 (7). Al di fuori dei confini di quella che nel frattempo è divenuta Unione europea, in Russia le otto ore furono conquistate dagli operai nel 1917, dopo essere state al centro delle richieste rivoluzionarie già dai primissimi anni del Novecento (8).

In generale, tutte le rivendicazioni operaie verso una limitazione dell'orario di lavoro erano guidate dal desiderio di recuperare il tempo libero. Estremizzando questa visione, Paul Lafargue parlava della necessità di riconquistare il «diritto alla pigrizia», aspramente criticando quello che definiva come un incomprensibile amore per il lavoro che si andava diffondendo tra gli uomini (9).

1848, aveva gridato: «Noi domandiamo, ha detto il popolo, una diminuzione delle ore di lavoro perché vi siano più posti da dare ai fratelli che ne sono privi, e perché l'operaio abbia un'ora, almeno un'ora, per vivere della vita dell'intelligenza e del cuore» (cfr. Blanc 1849).

(4) Sull'Associazione internazionale dei lavoratori vd. Bravo 1982.

(5) Cfr. De Boni 2009, 152.

(6) Cfr., a tal proposito, Finkin 2011. Più in particolare, la giornata di otto ore fu introdotta in Italia dal r.d.l. n. 692/1923.

(7) Con riferimento alle rivendicazioni che portarono l'Inghilterra alla riduzione delle ore di lavoro vd. Gradilone 1957, 124.

(8) In particolare, l'introduzione della giornata lavorativa di otto ore fu uno dei primi atti del nuovo Governo «Soviet dei Commissari del Popolo», insediatosi a seguito della Rivoluzione d'ottobre. Sulla Rivoluzione russa vd., senza pretese di esaustività: Anweiler 1972; Carr 1980; Donnini 1976; Kemp 1975; Mondolfo 1968; Pollard 1984.

(9) L'Autore, più in particolare, denunciava il fatto che gli operai sarebbero stati corrotti dal dogma del lavoro, con la conseguenza di «uccidersi nel lavoro e vegetare nell'astinenza». Vd. Lafargue 1883, 41. È chiaro che si tratta di un testo estremo, ma che restò un punto di riferimento per le rivendicazioni circa le riduzioni dell'orario di lavoro sino agli anni trenta del Novecento (vd. Ory 1994, 52).

Se, quindi, nelle società preindustriali la distinzione tra il tempo di lavoro e quello dedicato al riposo, allo svago e alla famiglia non era ancora avvertita come rilevante né come un'esigenza prioritaria dell'uomo, nelle società industrializzate il tempo libero ha iniziato a essere percepito come un momento completamente separato rispetto al tempo «forte», rappresentato dal lavoro (10). Il diritto alla limitazione dell'orario, così, si è affermato ai suoi albori come tutela primaria contro le pressioni derivanti dal protoindustrialismo e ha segnato l'evoluzione della positivizzazione «costituzionale» dei diritti sociali a livello nazionale e sovranazionale (11).

Va comunque detto che, già nei primi anni del Novecento, l'esigenza di riduzione dell'orario di lavoro non era connessa esclusivamente alla volontà dei lavoratori di riconquistare tempo libero e di combattere l'eccessivo carico di lavoro, ma era altresì percepita a livello globale come metodo per contrastare la disoccupazione (12). Con il passare degli anni poi, anche in ragione del mutato contesto economico e della riconquista del benessere, la prospettiva si è in parte modificata. Dalla seconda metà del secolo scorso, infatti, si è iniziato a dare maggiore rilevanza al fatto che a caratterizzare il tempo nel contratto di lavoro è la circostanza che in tale rapporto vi è un totale coinvolgimento della persona del lavoratore, con la conseguenza che esso non può essere ricondotto a pieno nelle costruzioni teoriche relative, in generale, alle obbligazioni di durata (13). Così, le esigenze di riappropriazione del tempo libero e di contrasto alla disoccupazione hanno iniziato a essere affiancate da quelle di tutela della salute e dei bisogni familiari, e di sviluppo della personalità del lavoratore. Quanto meno nelle enunciazioni formali, è proprio questa la vocazione preminente delle regolamentazioni con le quali il legislatore europeo e quelli nazionali hanno accompagnato la disciplina dell'orario di lavoro verso il ventunesimo secolo.

Ci si è insomma gradualmente avvicinati a quella che oggi è la nozione giuridica di tempo libero, da intendersi come il tempo in cui l'uomo, nel pieno esercizio delle libertà costituzionalmente garantite, può compiere senza vincoli tutte quelle attività – religiose, ricreative, di riposo, familiari – espressione dell'autonomia privata (14).

Tale ispirazione, tuttavia, nel corso degli anni ha iniziato a doversi con-

(10) Gasparini 1986, 129.

(11) Ricci 2011, 60.

(12) Keyssar 1986, 71.

(13) Sul coinvolgimento della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro vd.: Albanese 2008, 35; Mengoni 1990; Mengoni 1982; Mengoni 1985; Smuraglia 1967.

(14) Sulla nozione giuridica di tempo libero vd., tra gli altri: Cester 1995; Gasparini 2009; Occhino 2010.

frontare con la contrapposta esigenza di tutelare anche le necessità datoriali connesse alla produzione. A partire dalla fine del Novecento e sempre più con il nuovo millennio, poi, la società occidentale si è trasformata da industriale in società di servizi, con la conseguenza che la manodopera tecnica e impiegatizia si è diffusa a scapito di quella operaia, si è attenuata la specificità delle condizioni di lavoro di quest'ultima e i lavori manuali tradizionali sono stati quasi del tutto abbandonati o sono stati trasferiti in paesi sottosviluppati. In questo scenario, l'attenzione rispetto ai problemi sociali ha iniziato a non concentrarsi più soltanto sulle condizioni del lavoro subordinato, ma si è diffusa tra una serie di aspetti complessi, estremamente diversificati tra loro. Il riferimento, in particolare, va al declino industriale, alla deindustrializzazione, alla riconversione della manodopera, alla disoccupazione, alla riduzione degli orari come alternativa ai licenziamenti e alle conseguenze dell'informatizzazione e dell'evoluzione tecnologica (15).

Proprio l'evoluzione tecnologica, specie negli ultimi anni a causa dell'inarrestabile accelerazione che ha conosciuto, ha posto una nuova sfida per il diritto del lavoro e la tutela degli orari: la garanzia della disconnessione. Si tratta, in sostanza, di uno strumento con il quale tornare a delimitare le ore lavorate per combattere il sovraccarico derivante dall'informatizzazione e arginare il dirompente ingresso del lavoro nella vita privata dei lavoratori (16).

Se infatti, da un punto di vista sociale, nei paesi economicamente più evoluti lo stile di vita dei cittadini si è modificato e sono aumentate le pretese di migliorare il rapporto tra tempi di lavoro e tempi di non lavoro, l'avvento delle nuove tecnologie ha tuttavia compromesso l'equilibrio precario tra tali due dimensioni, destrutturando i confini fisici della prestazione lavorativa e rendendo potenzialmente raggiungibile il lavoratore in ogni momento della giornata e in qualunque luogo egli si trovi. Si pensi che da un'indagine condotta nel 2016 dalla società Samanage è emerso che, negli Stati Uniti, un lavoratore su tre controlla le proprie e-mail al di fuori dell'orario di ufficio per almeno un'ora al giorno e, addirittura, un lavoratore su cinque (e il 40% dei lavoratori più giovani) si sveglia di notte per farlo. Si tratta di una chiara dimostrazione di come oggi, tanto negli Usa quanto

(15) Bonazzi 2007, 132. Sulle evoluzioni industriali e socioeconomiche degli ultimi anni del Novecento e sugli effetti sul mondo del lavoro, vd., *ex multis*: Bagnasco 1999; Coriat 1991; Dore 2005; Gallino 2000; Reyneri 1998; Rifkin 1997; Sennett 2006a; Sennett 2006b.

(16) Sui rapporti tra informatizzazione e lavoro vd.: Maschke 2016; Tullini 2017; Weiss 2016.

in Europa, vi sia «uno stato di permanente allerta reattiva rispetto al soddisfacimento delle richieste datoriali» molto più evidente rispetto al passato e innegabilmente figlio delle nuove tecnologie (17), che dimostra come, nei fatti, la grande conquista dei lavoratori di inizio Novecento, avente a oggetto la limitazione delle ore lavorate, sia ora messa in discussione dalla pretesa dei datori di lavoro e dei superiori gerarchici di fare affidamento sulla continua connessione dei propri dipendenti o subordinati.

Negli anni duemila è quindi tornata in primo piano l'esigenza di delimitare i confini del tempo libero, con la consapevolezza, peraltro, che oggi vi sono molteplici unità sociali che, contemporaneamente, elaborano dei sistemi di organizzazione dei tempi che si trovano in stretta interdipendenza e che spesso non riescono a coordinarsi adeguatamente, tra le quali si collocano, assumendo un ruolo di primo piano, anche le aziende e le organizzazioni lavorative (18).

2. — *Il diritto francese alla «déconnexion» e l'esperienza contrattuale tedesca* — È in questo contesto che, negli ultimi anni, si è iniziato a sentir parlare di diritto alla disconnessione, intendendosi per tale il diritto del lavoratore di rendersi irrintracciabile e di non poter essere contattato per soddisfare le richieste datoriali al di fuori dell'orario di lavoro senza subire conseguenze negative in ragione della propria irreperibilità, né dal punto di vista retributivo né tanto meno sulle sorti del proprio rapporto lavorativo. Il tutto per veder garantito il tempo libero, nella concezione giuridica evoluta a esso attribuita a partire dalla seconda metà del Novecento e della quale si è dato conto sopra.

Anche questa volta, apripista della nuova forma di limitazione delle ore lavorate è stata la Francia, ove il dibattito dottrinale sulla disconnessione del lavoratore dalle tecnologie si è consolidato già da tempo (19), e che per prima ha positivizzato tale diritto con la *Loi Travail* dell'agosto 2016, con l'obiettivo di tutelare la salute dei lavoratori che utilizzano le nuove tecnologie, in particolar modo rispetto ai rischi sociali connessi alla commistione tra vita lavorativa e sfera personale che da esse possono derivare.

L'esigenza della disconnessione è stata sancita per la prima volta da Ray, che ha definito il diritto a disconnettersi come il diritto alla vita privata del ventunesimo secolo, condannando le eccessive aspettative di disponibilità

(17) Poletti 2017, 7.

(18) Gasparini 2009, 21.

(19) Vd., in particolare, Ray 2007, 140; ma di diritto alla disconnessione si parla già in Ray 2002.

professionale che possono derivare dall'utilizzo dei telefoni cellulari e dei computer portatili e dalla diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e sottolineando come, invece, la subordinazione debba arrestarsi con la sospensione del contratto di lavoro e, a maggior ragione, dinanzi alla porta della casa del lavoratore (20).

Concretamente, con riferimento alla *déconnexion* la Francia non ha atteso il riconoscimento legislativo del relativo diritto, ma ha iniziato ad affrontare la questione già da prima nell'ambito della contrattazione collettiva. Tra gli accordi aziendali si segnalano quelli siglati in Areva, La Poste, Axa France, Orange, Michelin, Apec e Natixis; ancor più significativo è il contratto Syntec, concluso il 1° aprile 2014, nel quale, dopo aver chiarito l'entità dei riposi giornalieri e settimanali ai quali i lavoratori hanno diritto, le parti hanno affermato che l'efficacia del rispetto dei periodi minimi di riposo implica per i lavoratori l'obbligo di disconnettere gli strumenti di comunicazione remota e che il datore di lavoro, dal canto suo, deve quindi siglare gli accordi necessari a permettere il rispetto di tale obbligo.

Circa un anno prima, anche l'*Accord national interprofessionnel* del 19 giugno 2013 sul miglioramento della qualità della vita sui luoghi di lavoro aveva sancito il dovere, per le imprese, di ricercare gli strumenti per conciliare la vita personale e la vita professionale dei lavoratori tenendo conto delle caratteristiche aziendali e delle funzioni esercitate, ad esempio, istituendo dei tempi di disconnessione analoghi a quelli già previsti in certe aziende.

Un ulteriore passaggio fondamentale del percorso francese verso la positivizzazione del diritto alla disconnessione è rappresentato dal rapporto *Transformation numérique et vie au travail*, redatto da Bruno Mettling (di seguito, rapporto Mettling), con l'ausilio di un gruppo di esperti, su incarico del ministro del Lavoro francese, dell'impiego, della formazione professionale e del dialogo sociale e pubblicato a settembre 2015 (21).

In particolare, il rapporto pone in evidenza la circostanza che alla volontà sempre più diffusa dei lavoratori di riuscire a gestire e a governare il rapporto tra vita privata e vita lavorativa non fa riscontro un'eguaglianza di strumenti per poterla concretizzare, essendo la frontiera tra le due sfere influenzata nella sua rigidità da una serie di rilevanti fattori, quali la categoria socio-professionale di appartenenza, l'età e il sesso del dipendente, l'atipicità e la variabilità degli orari, la composizione della famiglia, le abitudini

(20) *Ivi*, 940. Sull'«inviolabilità» del domicilio del lavoratore vd. anche Supiot 2002.

(21) Mettling 2015, sul quale vd., *ex multis*, Dagnino 2016 e Pontif 2016.

e così via. Il datore di lavoro, però, ha la responsabilità di assicurare la tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti, in particolare garantendo periodi di riposo, con la conseguenza che la disconnessione dal lavoro quando si esce dall'azienda non è solo un «compito» affidato al lavoratore, ma ha bisogno di sostegno a livello aziendale e di contesti collettivi favorevoli. Il relativo diritto «è quindi una corresponsabilità del dipendente e del datore di lavoro che implica anche un dovere di disconnessione» (22).

Dai risultati della ricerca che ha condotto al rapporto Mettling, tuttavia, è emerso che in realtà il lavoro connesso e il suo legame con la vita privata rappresentano nei fatti una zona di tensione che rende opportuna la creazione di un diritto e di un dovere di disconnettersi, condivisi tra l'azienda e il dipendente. Ed è così che si è giunti all'introduzione di un vero e proprio diritto alla disconnessione.

Tale diritto è stato affermato in maniera esplicita dalla *Loi Travail* del 2016 (23), che se ne occupa nel capitolo II, dedicato all'adeguamento del diritto del lavoro all'era digitale, mediante la modifica di due disposizioni del *Code du travail*: l'articolo L. 2242-8 e l'articolo L. 3121-64. La prima norma, in particolare, subito dopo la riforma prevedeva l'inserimento del diritto alla disconnessione tra le materie di negoziazione obbligatoria relativa all'uguaglianza professionale e alla qualità della vita sui luoghi di lavoro; tale articolo è stato tuttavia completamente riscritto a seguito dell'intervento operato dall'articolo 7 dell'*ordonnance* n. 2017-1385, che ha eliminato ogni riferimento al diritto alla disconnessione, spostando quest'ultimo nell'articolo L. 2242-17. È questa la norma che oggi prevede che la negoziazione annuale sulla parità professionale tra donne e uomini e sulla qualità della vita sui luoghi di lavoro deve concentrarsi, tra le altre cose, sulle procedure per il pieno esercizio da parte del dipendente del suo diritto alla disconnessione e sull'installazione da parte dell'impresa di dispositivi volti a regolare l'uso di strumenti digitali, al fine di garantire il rispetto dei periodi di riposo e di ferie e della vita personale e familiare dei lavoratori. La disposizione prevede anche che, in assenza di accordo, il datore di lavoro è tenuto a redigere un documento, dopo aver consultato il comitato sociale ed economico, con il quale definire le procedure per l'esercizio del diritto alla disconnessione e prevedere l'attuazione, per i dipendenti e il personale dirigente, di azioni di formazione e sensibilizzazione per l'uso ragionevole degli strumenti digitali. L'articolo L. 3121-64, invece, inserisce le

(22) Mettling 2015, 21.

(23) N. 2016-1088, sulla quale vd., *ex multis*: Bossu *et al.* 2016; Casano *et al.* 2016; De La Villeguérin; Aflalo 2016.

modalità con le quali i lavoratori possono esercitare il loro diritto alla disconnessione tra gli elementi che devono essere determinati con gli accordi collettivi relativi al «*forfait en jours*».

La *Loi Travail*, quindi, non definisce il diritto alla disconnessione, ma si limita a riconoscerlo come elemento essenziale della negoziazione obbligatoria (ove applicabile), demandandone la concreta regolamentazione alla contrattazione collettiva e di fatto superando solo in parte le criticità rilevate dal rapporto Mettling sulla sua concreta attuabilità. Le critiche alle quali è stata sottoposta tale scelta legislativa in Francia sono molteplici, e tra di esse vi è anche il rilievo che, nei fatti, la *Loi Travail* si è inserita in un percorso di generale flessibilizzazione degli orari di lavoro, che ha assecondato il decentramento della contrattazione collettiva, aumentando le possibilità di deroga alla legge e le ipotesi di flessibilità del tempo di lavoro, con la conseguenza che la presentazione di un diritto alla disconnessione come garanzia dell'efficacia del diritto al riposo risulta molto fragile, specie se si considera che non è il legislatore ma sono le parti sociali a fissarne i periodi di operatività (24). Resta comunque fermo il fatto che tale legge ha per prima, sebbene con cautela, messo in risalto la questione dei rischi che l'utilizzo professionale degli strumenti informatici comporta e delle loro potenziali conseguenze sul delicato equilibrio tra tempi vita e tempi lavoro (25).

Va in ogni caso detto che l'affermazione europea della disconnessione del lavoratore dalle tecnologie non è solo debitrice di quanto accaduto in Francia, ma deve molto anche all'esperienza contrattuale tedesca, sebbene in Germania non sia ancora stata varata una legge specifica sulla disconnessione. Il primo ingresso nell'ordinamento di tale paese del diritto del dipendente a disconnettersi si è avuto con la regolamentazione fatta da Volkswagen nel 2011, che ha previsto un blocco dei *server* aziendali che impedisce ogni giorno, dalle 18:15 alle 07:00 del mattino successivo, l'invio di e-mail dirette ai telefoni cellulari dei dipendenti. Sulla scia di quanto fatto da tale azienda, il diritto alla disconnessione è in breve tempo entrato anche in altre società tedesche, tra le quali Deutsche Telekom, Eon e Henkel. Particolare è poi il caso della Bmw, che conteggia il tempo che i dipendenti impiegano per inviare e-mail o rispondervi al di fuori dell'orario di lavoro e lo tramuta in un credito di ore da colmare con un pari pe-

(24) Su questa e altre perplessità circa l'introduzione per legge di un diritto alla disconnessione in Francia, vd. Morel 2017. Non è mancato chi ha ipotizzato che il diritto alla disconnessione non sia altro che una chimera (vd. Mathieu *et al.* 2016).

(25) Sul riconoscimento legislativo del diritto alla *déconnexion* vd. anche: Bourgeois *et al.* 2017; Giraud 2017; Loiseau 2017; Ray 2016.

riodo di riposo (26). Ancor più caratteristico è il caso della Daimler, dove le e-mail inviate al dipendente dopo un determinato orario si distruggono automaticamente se il lavoratore ha impostato il proprio *account* di posta in modalità *off-line* (27).

Altre esperienze contrattuali di disconnessione si trovano, infine, in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, ad esempio, in Boston Consulting Group, Vynamic, Origin e PriceMinister.

3. — *La disconnessione in Italia: il lavoro agile* — In Italia, la disconnessione non ha alla base delle riflessioni paragonabili a quelle francesi, ma, al di là di qualche cenno in alcune esperienze aziendali (sulle quali vd. *infra*), si è insinuata a pieno titolo nell'ordinamento solo con l'emanazione della legge n. 81/2017.

A occuparsi della tematica, più nel dettaglio, è l'articolo 19, che, in realtà, se ne interessa solo marginalmente nello stabilire la forma dell'accordo relativo al lavoro agile e il recesso dallo stesso; la portata della disconnessione resta insomma limitata a tale particolare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (28). Il predetto articolo, in particolare, dopo aver sancito la necessaria forma scritta dell'accordo individuale di lavoro agile ai fini della regolarità amministrativa e della prova, prevede che lo stesso debba individuare «i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

La legge n. 81 ha quindi deciso di solcare una strada già tracciata dall'esperienza francese, tuttavia assecondando l'esigenza di disconnettersi solo in circostanze che, almeno per ora, interessano una minima parte dei lavoratori italiani, ovverosia gli *smart workers*. Il baluardo della disconnessione, in altre parole, è stato posto dal legislatore a difesa dei soli casi in cui il pericolo di commistione tra vita privata e vita lavorativa è maggiore ma anche di più agevole gestione, mentre sono rimasti fuori tutti i casi in cui è il lavoro tradizionale a subire i rischi che derivano dall'evolversi della tecnologia e dall'utilizzo diffuso degli strumenti digitali nei luoghi di lavoro. Forse,

(26) Sulla disconnessione in Bmw, vd. Krause 2016, 100, e Criscuolo 2017, 292 (che riporta anche le discipline adottate da Daimler, Volkswagen e PriceMinister in Inghilterra).

(27) Kaufmann 2014.

(28) Sul lavoro agile vd.: Andreoni 2018; Casillo 2018; Fiorillo, Perulli 2017; Guariniello 2010; Lai 2017; Malzani 2017; Manicasteri 2017; Pelusi 2017; Petracci, Marin 2016; Ricci 2018; Santoro Passarelli 2017a; Santoro Passarelli 2017b; Spinelli 2018; Timellini 2018; Tiraboschi 2017.

con la fretta di recepire la recente e acclamata introduzione del *droit à la déconnexion* in Francia, è stato quindi solo accennato un discorso che avrebbe potuto essere sviluppato in maniera più diffusa e organica.

Tale limite è ancora più evidente se si considera che, a ben vedere, il legislatore ha deciso di riconoscere in maniera esplicita una tutela che, in realtà, già trovava il suo fondamento nelle disposizioni consolidate in materia di orario di lavoro e, quindi, ha compiuto una scelta che avrebbe meritato un maggiore approfondimento. Del resto, garantire la disconnessione oltre i tempi massimi di durata della prestazione lavorativa non è altro che un'estrinsecazione dei diritti al riposo giornaliero e settimanale, alle pause, alle ferie di cui il lavoratore gode per legge e che sono regolamentati da tempo nel d.lgs. n. 66/2003 (29). Certo, infatti, bisogna considerare che ricevere telefonate, rispondere a e-mail e dover rimanere connessi sono attività che fanno parte della prestazione lavorativa e che, quindi, fuori dall'orario di lavoro la disconnessione dovrebbe essere ovvia. A dirlo, del resto, è proprio l'articolo 1 del decreto n. 66, ove si legge che deve intendersi come orario di lavoro ogni periodo durante il quale «il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore e nell'esercizio della sua attività e delle sue funzioni», mentre è da considerarsi riposo «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro» (30).

Si tratta, peraltro, anche di rispettare quanto sancito dai commi 2 e 3 dell'articolo 36 della Costituzione, in forza dei quali «la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge» e il «lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi». Tali precetti, infatti, sono volti a garantire la tutela della salute e della vita relazionale del lavoratore, verso una prospettiva che è non solo quella di proteggerlo dall'usura che deriva da un lavoro eccessivo, ma anche quella di garantire il tempo di non lavoro del quale ogni persona ha bisogno per recuperare energie e curare i propri interessi personali (31).

La novità quindi, nonostante il clamore mediatico, dal punto di vista strettamente giuridico sembra essere di scarso rilievo: sebbene la tutela della disconnessione poteva già essere rintracciata nella consolidata disciplina nazionale in materia di orari, il legislatore ha deciso di rispondere all'esi-

(29) Sul d.lgs. n. 66/2003 vd.: Allamprese 2005; Carinci 2001; Cester *et al.* 2003; Del Punta 2003; Fenoglio 2012; Ferrante 2008; Leccese 2004; Leccese 2006; Putaturo Donati 2005; Ricci 2005.

(30) In ordine alla sostanziale continenza dell'istituto all'interno delle regole sul tempo di non lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003, vd. anche Perrone 2017.

(31) Leccese 2010. Vd. anche Leccese 2001, 21. Sulla effettiva portata dei nuovi diritti che si stanno affermando nel nostro ordinamento vd. Bin 2014.

genza di una sua esplicita positivizzazione senza tuttavia andare a fondo. La garanzia di potersi disconnettere dalle strumentazioni tecnologiche è stata introdotta solo per una parte ancora minoritaria dei lavoratori che, invece, sono direttamente coinvolti dalla digitalizzazione; a ciò si aggiunge che la regolamentazione della disconnessione ha la debolezza di essere stata affidata in concreto e senza particolari dettami alle parti dell'accordo individuale per lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, con il conseguente rischio che essa, nei fatti, risponda alle esigenze delle imprese e non a quelle dei lavoratori.

Va rilevata, infine, la fragilità derivante dall'assenza di sanzioni che puniscano l'inottemperanza e, quindi, la mancata regolamentazione in concreto delle misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che il lavoratore si possa disconnettere dalle strumentazioni tecnologiche. Tale lacuna, tuttavia, non determina un'assenza di tutele, che vanno ricercate tra quelle già previste dal nostro ordinamento per l'inadempimento. Possono infatti venire in rilievo, in tale contesto, la disciplina della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, il risarcimento di voci di danno non patrimoniale legate alla vita della persona (come, ad esempio, alla salute e alla personalità morale di cui all'articolo 2087 c.c.), le dimissioni per giusta causa del lavoratore.

La codificazione della disconnessione, in ogni caso e nonostante i predetti limiti, ha il pregio di aver stimolato l'attenzione sui rischi che derivano dalle tecnologie dell'informazione (32), da tempo sollecitata dagli attori del dialogo sociale e dagli operatori della sicurezza. Essa, inoltre, rappresenta una prima risposta formale dell'Italia ad alcuni dei problemi che il rapporto Eurofound sulle «Nuove forme di occupazione», del 2015, aveva evidenziato, e che si identificano con l'erosione dei confini tra tempi vita e tempi lavoro, l'intensificazione del lavoro e il conseguente aumento del livello di stress lavoro-correlato. Con l'intervento legislativo del 2017 si è tentato infine di dare una risposta anche alle problematiche poste in evidenza dalla Ces nel proprio programma d'azione per il mandato 2015-2019, ove, ai punti 259 e 260, si rileva rispettivamente che «L'uso di nuove tecnologie, di orari atipici, di pratiche gestionali discutibili nella riorganizzazione aziendale, costituiscono sfide particolari per la conciliazione della vita privata e familiare» e che «La Ces sta, inoltre, esercitando pressioni per migliorare la conciliazione della vita familiare, privata e lavorativa, incluso

(32) Sui quali vd. diffusamente il Quaderno n. 2 del 2017 di *Quaderni di RGL: Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*.

il diritto alla disconnessione dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, Ict» (33).

4. — *La disconnessione nella prassi* — Nella prassi, tuttavia, l'attenzione alla disconnessione non ha sino a oggi portato a grandi risultati: gli accordi aziendali e i protocolli che regolamentano il lavoro agile non sono infatti riusciti a compensare la fragilità della scelta di assegnare all'accordo individuale la regolamentazione delle modalità con le quali il lavoratore viene garantito rispetto alle eccessive ingerenze del lavoro nella propria vita privata, consentite dalle strumentazioni tecnologiche.

Non si registrano, inoltre, significativi passi in avanti rispetto a quanto avveniva già prima dell'emanazione della legge n. 81: c'è da dire, infatti, che la disconnessione nell'ambito del lavoro agile non costituisce una novità apparsa dal nulla a seguito di tale intervento legislativo, essendo già presente in diverse realtà aziendali in ragione delle possibilità offerte dal nostro ordinamento, e in particolare dalla disciplina nazionale in materia di orari di lavoro, che ne permettevano la regolamentazione anche a prescindere da un apposito intervento legislativo.

Ad esempio, nella «Procedura per lavoro in *Smart Working*» di Vodafone si prevede, all'articolo 3.3, che «Il dipendente è tenuto al rispetto dell'orario di lavoro contrattualmente previsto per il proprio inquadramento e nella sede di appartenenza [...], durante il quale dovrà rendersi disponibile, tramite telefono cellulare e posta elettronica», e che, «In caso di impossibilità a essere reperibile, il dipendente è tenuto a darne tempestiva e motivata comunicazione al proprio responsabile diretto e all'azienda, anche per via telematica».

Nell'Accordo Barilla del 2015 si legge invece che «durante lo svolgimento dello *Smart Working*, nell'ambito del normale orario di lavoro, la persona dovrà rendersi disponibile e contattabile tramite gli strumenti aziendali messi a disposizione».

Merita infine di essere di essere menzionato l'Accordo sul lavoro agile della General Motors Powertrain – Europe Srl, sottoscritto il 6 marzo 2015, che, al punto g), sancisce che, «nel fruire del modello “*smart work*”, i lavoratori debbono: 1. nelle ore centrali della giornata, essere raggiungibili telefonicamente o mediante il servizio di messaggistica istantanea aziendale».

(33) Su tali aspetti della codificazione della disconnessione vd. Rota (2017), che ricorda anche le critiche mosse all'assenza nell'ordinamento europeo di un diritto dei lavoratori di distinguere chiaramente i tempi vita dai tempi lavoro spegnendo gli strumenti di comunicazione digitale al di fuori dell'orario lavorativo in Valsamis *et al.* 2015, 10 e 59.

Tutti e tre tali accordi mostrano una tendenza delle parti, precedente alla legge n. 81, a occuparsi non tanto del diritto del lavoratore a disconnettersi dalle strumentazioni tecnologiche in caso di lavoro in modalità agile, quanto piuttosto della garanzia per il datore di lavoro che lo *smart worker* sia connesso durante l'orario lavorativo. Si tratta di una differenza apparentemente minima, ma che in realtà svela una diversità radicale nell'approccio al lavoro agile e nella rilevanza attribuita alla tecnologia, vista come mezzo fondamentale per garantire il proficuo e corretto svolgimento della prestazione lavorativa, e non come potenziale pericolo di asservimento totale o spropositato del lavoratore al lavoro, con abbattimento della tutela di rango costituzionale del riposo (34).

Nelle more dell'approvazione della legge sullo *smart working* e successivamente alla sua entrata in vigore, il tenore delle regolamentazioni aziendali sulla tematica non si è modificato, e la fragilità della scelta del legislatore di demandare la disciplina concreta dello svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile all'accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore è stata solo in parte compensata con la predisposizione di accordi o protocolli.

A tale proposito, basti guardare al verbale di Accordo «lavoro agile» siglato in Mps il 29 maggio 2017, che, all'articolo 4, specifica espressamente l'onere di regolare la reperibilità del dipendente che si avvale di una simile modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. Tale disposizione, infatti, sancisce letteralmente che «Nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa in “Lavoro agile”, durante il proprio orario di lavoro, il Dipendente dovrà essere regolarmente reperibile e dovrà comunicare tempestivamente al proprio Responsabile eventuali assenze anche temporanee dalla postazione lavorativa, secondo le modalità previste dalla normativa aziendale in materia». Subito prima, l'articolo 4 dispone che «La prestazione lavorativa in “Lavoro agile” verrà resa in correlazione temporale della fascia oraria giornaliera standard di 7h e 30', in corrispondenza dell'orario della Struttura di appartenenza e secondo l'articolazione individuale dell'orario di lavoro (ad esempio intervallo, flessibilità ingresso/uscita ecc.). Restano ferme le caratteristiche di autonomia e flessibilità proprie di tale modalità di prestazione lavorativa, nonché della categoria di appartenenza del singolo Dipendente, nel rispetto dell'espletamento delle attività asse-

(34) Non è mancata, tuttavia, una regolamentazione della disconnessione più corrispondente alle esigenze di tutela dei lavoratori emerse con la digitalizzazione, svincolata dal lavoro agile. Il riferimento va al Protocollo sul benessere dei luoghi di lavoro e sulle politiche commerciali di Unicredit del 22 aprile 2016.

gnate. Durante le giornate in “Lavoro agile” non saranno previste e autorizzate prestazioni aggiuntive di lavoro e/o lavoro straordinario».

In sostanza, si dà al lavoratore la possibilità di svolgere la propria prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, limitandosi a tutelarla rispetto alla richiesta di ore lavorative eccedenti l'orario normale e premurandosi, per il resto, che egli sia rintracciabile e al lavoro per tutto il tempo in cui sarebbe dovuto esserlo in azienda e nella stessa fascia oraria, di fatto in parte vanificando il senso stesso dello *smart working*. Di analogo tenore sono anche gli Accordi Eni e Siemens del 2017.

Va comunque detto che non mancano contratti che prendono in maggiore considerazione la disconnessione e la delimitazione nel tempo della possibilità per il datore di lavoro e i colleghi di connettersi con il dipendente.

Ad esempio, nel Contratto di II livello Naturcoop del 5 febbraio 2018 si legge che, «Spostando la prestazione lavorativa al di fuori dell'azienda e rendendone lo svolgimento più elastico, il lavoro agile rende particolarmente importante la questione degli orari di lavoro: il lavoro agile, infatti, deve essere svolto nel rispetto della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale ma, non essendo possibile misurare e definire il periodo di tempo esatto durante il quale il lavoratore presta la sua opera, il rischio è quello di una totale contaminazione dei tempi vita con i tempi lavoro. Per tale motivo, la Cooperativa si impegna a stabilire, nel contratto con il quale si concorda lo svolgimento di lavoro agile, i tempi di riposo e delle misure tecniche e organizzative che assicurino il diritto alla disconnessione del lavoratore, ovvero il suo diritto a non rispondere a mail o telefonate. Per i dettagli si rimanda ad accordo siglato con il lavoratore».

Anche il Circolo didattico statale Giuseppe Marchese di Luzzi, con la circolare del 20 marzo 2018, ha stabilito che, in attesa di contrattare con le Rsu la materia della disconnessione, «Il dirigente scolastico invierà comunicazioni via mail solo durante l'orario di funzionamento dell'Ufficio e solo ai diretti collaboratori» e «si asterrà dal chiamare sul cellulare il personale docente e Ata o di inviare messaggi di qualsiasi genere, al di fuori dell'orario di funzionamento dell'Ufficio».

Sotto certi aspetti più evoluto è, infine, il decreto del direttore generale dell'Università degli Studi dell'Insubria n. 289/2017, emanato poco prima dell'approvazione della legge n. 81. In esso, infatti, viene sancito un vero e proprio diritto alla disconnessione, inteso come «diritto di non rispondere a telefonate, e-mail e messaggi d'ufficio e il dovere di non telefonare, di non inviare e-mail e messaggi di qualsiasi tipo al di fuori dell'orario di lavoro», che è applicato, salvo casi di urgenza o reperibilità, dal lunedì al ve-

nerdi dalle ore 20 alle ore 7 del mattino seguente e per l'intera giornata il sabato, la domenica, i festivi e quando l'ateneo resta comunque chiuso. Il decreto si spinge anche oltre, introducendo il «Giorno dell'indipendenza dalle e-mail», previsto quattro volte ogni anno e operante per tutto il personale amministrativo, che non potrà inviare e-mail a colleghi ma dovrà utilizzare preferibilmente lo strumento delle riunioni brevi con poche persone, «recuperando la forza del dialogo e del rispetto reciproco».

5. — *Conclusioni* — Negli ultimi tempi, in conclusione, la necessità del lavoratore di riappropriarsi del proprio tempo libero è tornata a farsi sentire con forza: dopo aver costituito l'oggetto delle più grandi conquiste dei primi anni del Novecento, con il nuovo millennio si è imposta ancora una volta come predominante, in conseguenza della inarrestabile e rapida evoluzione tecnologica e della tendenza della società a restare sempre connessa digitalmente. Se, però, all'inizio del secolo scorso non vi erano tutele rispetto alla pervasività del lavoro, oggi non è così, e la disconnessione non è altro che una diversa veste con la quale si presentano diritti che il nostro ordinamento ha già da tempo elaborato e posto a difesa dei lavoratori.

Nonostante ciò, vista la diffusa tendenza a non considerare che il lavoratore connesso è un lavoratore che sta svolgendo la propria prestazione, la disconnessione ha iniziato a presentarsi come una tematica bisognosa di un'autonoma attenzione e a essere regolamentata specificatamente in diversi ordinamenti e con diverse modalità. In tale contesto, tuttavia, la disciplina dettata dal legislatore italiano si è rivelata il frutto di una scelta «incompleta»: si è deciso di assecondare la tendenza a una specifica regolamentazione della disconnessione riservandola a una categoria minoritaria di lavoratori e affidandone la concreta disciplina alla contrattazione individuale tra datore di lavoro e lavoratore. Tale scelta risulta ancora più opinabile se si considera che la tematica della disconnessione era comparsa nel nostro ordinamento anche a prescindere da uno specifico intervento legislativo, dal quale quindi si attendeva qualcosa in più.

La debolezza della disciplina di cui alla legge n. 81 non è nemmeno stata adeguatamente compensata dalle parti, che hanno iniziato ad affrontare la problematica, salvo rare eccezioni, solo in maniera formale e senza effettivamente porre rimedio alla predetta fragilità, riempiendo di contenuti il parziale dettato legislativo. Il pericolo, quindi, è che le esigenze che hanno portato all'emersione della tematica della disconnessione, non soddisfatte dalle norme «tradizionali», non riusciranno a trovare un'adeguata risposta neanche nel recente intervento legislativo, che ha un campo di applicazione circoscritto e che ha lasciato il lavoratore del tutto «libero» di connettersi

senza limiti e di accettare la contaminazione tra tempi vita e tempi lavoro tramite le strumentazioni tecnologiche. In altre parole, ancora una volta è emerso lo squilibrio contrattuale tra le parti del rapporto lavorativo, con affermazione del potere unilaterale del datore di lavoro, e tale questione diviene ancor più allarmante se si considera che la tematica della disconnessione interessa in maggior misura i lavoratori atipici, già sotto diversi altri aspetti privi delle tutele altrimenti riconosciute ai lavoratori.

In assenza di un intervento legislativo organico, in grado di tutelare effettivamente i dipendenti da un utilizzo improprio delle strumentazioni tecnologiche, è quindi auspicabile che le parti sociali si facciano carico del problema, esplicitando le tutele che già esistono nel nostro ordinamento, adeguandole alle nuove esigenze e regolamentandole in maniera tale da renderle un dovere per tutti i lavoratori e un obbligo per tutti i datori di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2017), *Il lavoro nelle piattaforme digitali: nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in *Quaderni di RGL*, n. 2.
- Albanese A. (2008), *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano.
- Allamprese A. (2005), *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, in *RGL*, I, 85 ss.
- Andreoni A. (2018), *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *RGL*, n. 1, I, 105 ss.
- Anweiler O. (1972), *Storia dei soviet: i consigli di fabbrica in Urss, 1905-1921*, Laterza, Bari-Roma.
- Bagnasco A. (1999), *Teoria del capitale sociale e «political economy» comparata*, in *SM*, n. 3, 351 ss.
- Bin R. (2014), *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Luigi Costato. III. I multiformi profili del pensiero giuridico*, Jovene, Napoli, 75 ss.
- Blanc L. (1849), *La révolution de février au Luxembourg*, Michel Lévy, Paris.
- Bonazzi G. (2007), *Storia del pensiero organizzativo. La questione industriale*, FrancoAngeli, Milano.
- Bossu B. et al. (2016), *La Loi Travail*, Lexis Nexis, Paris.
- Bourgeois L. et al. (2017), *Le droit à la déconnexion*, in *La Semaine Juridique, édition sociale*, n. 24, 1 ss.
- Bravo G.M. (1982), *La Prima Internazionale. Storia documentaria*, Editori riuniti, Roma.
- Carinci F. (a cura di) (2001), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Ipsoa, Milano.
- Carr E.H. (1980), *La Rivoluzione russa. Da Lenin a Stalin (1917-1929)*, Einaudi, Torino.
- Casano L. et al. (a cura di) (2016), *Loi Travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo «Statuto dei lavori» di Marco Biagi*, Adapt University Press.

- Casillo R. (2018), *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, n. 1, I, 115 ss.
- Cester C. (1995), *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *QDLRI*, n. 17, 9 ss.
- Cester C. et al. (a cura di) (2003), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro. Commentario al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, Milano.
- Coriat B. (1991), *Ripensare l'organizzazione del lavoro. Concetti e prassi nel modello giapponese*, Dedalo, Bari.
- Cresta A. (2006), *Il rapporto locale-globale*, in Bencardino F., Prezioso M. (a cura di), *Geografia economica*, Mc Graw Hill, Milano, 211 ss.
- Criscuolo C. (2017), *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *RIDL*, n. 2, I, 292 ss.
- Crouch C. (2001), *Sociologia dell'Europa occidentale*, il Mulino, Bologna.
- Dagnino E. (2016), *Il Rapport Mettling sulla trasformazione digitale del lavoro: spunti di riflessione e di metodo*, in Casano L. et al. (a cura di), *Loi Travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo «Statuto dei lavori» di Marco Biagi*, Adapt University Press, 91 ss.
- De Boni C. (2009), *Lo Stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento*, Firenze University Press, Firenze.
- De La Villeguérin Y., Aflalo K. (2016), *Loi Travail: analyse et code consolidé*, Groupe Revue Fiduciaire, Paris.
- Del Punta R. (2003), *La riforma dell'orario di lavoro*, in *DPL*, n. 22, inserto.
- Donnini G. (1976), *Il 1917 di Russia nella stampa italiana*, Giuffrè, Milano.
- Dore R. (2005), *Il lavoro nel mondo che cambia*, il Mulino, Bologna.
- Fenoglio A. (2012), *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino.
- Finkin M.W. (2011), *Gli Stati come laboratori di diritto del lavoro. Stati Uniti e Unione europea a confronto*, in *RIDL*, n. 3, I, 401 ss.
- Fiorillo L., Perulli A. (a cura di) (2017), *Il Jobs Act del lavoro agile e del lavoro autonomo*, Giappichelli, Torino.
- Gallino L. (2000), *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari.
- Gasparini G. (1986), *Il tempo e il lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Gasparini G. (2009), *Tempi e ritmi nella società del Duemila*, FrancoAngeli, Milano.
- Giraud T. (2017), *Le droit à la déconnexion*, in *Juris associations*, n. 552, 26 ss.
- Gradilone A. (1957), *Storia del sindacalismo. Inghilterra*, Giuffrè, Milano.
- Guariniello R. (2017), *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *DPL*, n. 32-33, 2010 ss.
- Kaufmann M. (2014), *Deutsche Konzerne Kämpfen gegen den Handy-Wahn*, in *Spiegel online*, 17 febbraio.
- Kemp T. (1975), *L'industrializzazione in Europa nell'Ottocento*, il Mulino, Bologna.
- Keyssar A. (1986), *Out of Work: The First Century of Unemployment in Massachusetts (Interdisciplinary Perspectives on Modern History)*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Krause R. (2016), *Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf*, Beck Juristischer Verlag, München.
- Lafague P. (1883), *Il diritto all'ozio*, Massari, Bolsena.

- Lai M. (2017), *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *DRI*, n. 4, 985 ss.
- Leccese V.S. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Leccese V.S. (2006), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003)*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 255 ss.
- Leccese V.S. (2010), *Orario di lavoro e riposi*, in Lambertucci P. (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti. Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 483 ss.
- Leccese V.S. (a cura di) (2004), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano.
- Loiseau G. (2017), *La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées*, in *DS*, n. 5, 463 ss.
- Malzani F. (2017), *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in www.lavoroeconomia digitale.it.
- Manicasteri M. (2017), *Lavoro agile: come cambia*, in *DPL*, n. 2, 88 ss.
- Marx K. (1849), *Lavoro salariato e capitale*, Editori riuniti, Roma.
- Maschke E. (2016), *Digitalisation: challenges for company codetermination*, in *Etui Policy Brief*, n. 7.
- Mathieu C. et al. (2016), *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *RDT*, 592 ss.
- Mengoni L. (1982), *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *RTDPC*, 1117 ss.
- Mengoni L. (1985), *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna.
- Mengoni L. (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, n. 45, 5 ss.
- Mettling M.B. (2015), *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport.
- Mondolfo R. (1968), *Studi sulla Rivoluzione russa*, Morano, Napoli.
- Morel L. (2017), *Le droit à la déconnexion en droit français*, in *LLI*, vol. 3, n. 2, 1 ss.
- Occhino A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Ory P. (1994), *La belle illusion: culture et politique sous le signe du Front populaire, 1935-1938*, Plon, Parigi.
- Pelusi L.M. (2017), *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, n. 4, 1041 ss.
- Perrone R. (2017), *Il diritto alla disconnessione quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in <https://federalismi.it>, 20 dicembre.
- Petracci F., Marin A. (2016), *Lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro agile: le novità introdotte dal Jobs Act e dal disegno di legge 2233/2016*, Key, Vicalvi.
- Poletti D. (2017), *Il cd. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *RCP*, n. 1, 7 ss.
- Pollard S. (1984), *La conquista pacifica. L'industrializzazione in Europa dal 1760 al 1960*, il Mulino, Bologna.
- Pontif V. (2016), *«Transformation numérique et vie au travail»: les pistes du rapport Mettling*, in *RDT*, n. 3, 185 ss.

- Puturato Donati F.M. (2005), *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.
- Ray J.E. (2002), *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion: le droit à la vie privée du XXI^e siècle*, in *DS*, n. 11, 939 ss.
- Ray J.E. (2007), *Droit du travail et Tic*, in *DS*, n. 2, 140 ss.
- Ray J.E. (2016), *Grande accélération et droit à la déconnexion*, in *DS*, n. 11, 912 ss.
- Reyneri E. (1998), *Mercato e politiche del lavoro*, in Cella G.P., Treu T. (a cura di), *Le nuove relazioni industriali*, il Mulino, Bologna, 405 ss.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e nell'Ue*, Giuffrè, Milano.
- Ricci G. (2011), *Il diritto al «giusto» tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, in Caruso B., Militello M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». *Collective Volumes*, n. 1, 60 ss.
- Ricci G. (2018), *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del «lavoro agile»*, in *NLC*, n. 3, 632 ss.
- Rifkin J. (1997), *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini & Castoldi, Milano.
- Rota A. (2017), *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 173 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017a), *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, n. 3, I, 369 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017b), *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, n. 3, 771 ss.
- Sennett R. (2006a), *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano.
- Sennett R. (2006b), *La cultura del nuovo capitalismo*, il Mulino, Bologna.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Spinelli C. (2018), *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, n. 1, I, 127 ss.
- Supiot A. (2002), *Travail, droit, et technique*, in *DS*, n. 1, 13 ss.
- Timellini C. (2018), *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, n. 3, 229 ss.
- Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 4, 921 ss.
- Tullini P. (a cura di) (2017), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino.
- Valsamis D. et al. (2015), *Employment and skills aspects of the digital single market strategy*, Study for Empl Committee, EU.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3, 651 ss.

ABSTRACT

Il saggio ripercorre la storia del diritto alla disconnessione in Europa – con un particolare sguardo all'esperienza francese – e in Italia, soffermandosi sulla portata e sui limiti della disciplina italiana e ponendone in evidenza i pregi ma anche, e soprattutto, le criticità. Viene poi compiuta un'analisi di alcuni protocolli e accordi che si sono occupati di disconnessione, sottolineando come gli stessi non sempre riescono a porre rimedio alle lacune della relativa disciplina legislativa. Il rischio è quindi che le esigenze alla base del diritto alla disconnessione, oltre a non trovare soddisfazione nelle norme «tradizionali», non riescano a essere realizzate neanche a seguito dello specifico intervento legislativo del 2017 e dell'intervento delle parti.

DISCONNECTION: A MISSED OPPORTUNITY FOR THE LEGISLATOR?

The essay traces the history of the right to disconnect in Europe – with a particular look at the French experience – and in Italy, dwelling on the scope and limits of the Italian discipline and highlighting its merits but also, and above all, its flaws. The essay analyzes some protocols and agreements that have dealt with disconnection, pointing out that they do not always succeed in remedying the shortcomings of the relevant legislative discipline. Therefore, the risk is that the requirements underlying the right to disconnect, in addition to not finding satisfaction in the «traditional» rules, will not be achieved even after the specific legislative intervention of 2017 and the intervention of the parties.

NOTE E COMMENTI

Giovanni Calvellini (*)

CONTRATTO COLLETTIVO E POSIZIONI GIURIDICHE DI VANTAGGIO IN FAVORE DEI LAVORATORI IN QUIESCENZA

SOMMARIO: 1. Rilievo della questione. — 2. La soluzione delle Corti al caso dei pensionati di Enel: spunti per una riflessione di sistema. — 3. La posizione della giurisprudenza. — 4. Alla ricerca della fonte degli obblighi datoriali verso i pensionati. — 5. La natura giuridica del beneficio: diritto quesito o mera aspettativa?

1. — *Rilievo della questione* — Recentemente è stata portata all'attenzione dei giudici del lavoro di tutta Italia la controversia avente a oggetto la revoca da parte di Enel dello sconto sulle tariffe di vendita dell'energia elettrica riconosciuto ai propri dipendenti in quiescenza in forza di disposizioni contrattual-collettive susseguitesesi nel tempo senza soluzione di continuità.

Sin dagli anni sessanta (1), l'azienda aveva garantito la citata riduzione tariffaria, oltre che ai lavoratori attivi, anche a una serie di altri soggetti tra i quali figuravano pure i dipendenti cessati che vantassero una certa anzianità di servizio.

Tuttavia, a seguito della trasformazione di Enel da ente pubblico economico in società per azioni (2), si apriva una fase di ripensamento nella concessione dell'agevolazione. Così, nel 1996, un accordo collettivo aziendale la escludeva per il personale assunto a partire dal 1° luglio dello stesso anno, al quale quindi lo sconto non veniva più riconosciuto né in corso di rapporto, né al momento del collocamento in quiescenza.

Un Accordo sindacale del 1° dicembre 2011 disponeva poi la soppressione dell'agevolazione tariffaria (sostituita da «Misure di sostegno al sistema di previdenza complementare in azienda») anche per i dipendenti (assunti prima del 1° luglio 1996) ancora in servizio. Restava impregiudicata – per il momento – la posizione di coloro che, alla data di sottoscrizione di quell'accordo, erano già stati collocati a riposo.

(*) Dottore di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Siena.

(1) Cfr. art. 30 del Contratto collettivo di lavoro per i dipendenti elettrici di Enel del 29.5.1968.

(2) Avvenuta per disposto dell'art. 15, d.l. n. 333/1992, conv. in l. n. 359/1992.

Nel 2015, però, Enel comunicava alle organizzazioni sindacali il proprio recesso dalla clausola contrattuale-collettiva relativa allo sconto tariffario per i lavoratori cessati dal servizio. La decisione unilaterale della società scatenava le reazioni dei sindacati di categoria, a seguito delle quali veniva raggiunto un accordo sindacale con il quale si concordava che, fermo il venir meno dell'agevolazione, in sostituzione di questa, ai pensionati di Enel sarebbe stata corrisposta – su loro richiesta e previa sottoscrizione di un verbale di conciliazione con cui si rinunciava a qualsivoglia rivendicazione avente a oggetto lo sconto tariffario – una somma *una tantum* di importo variabile sulla base dell'età anagrafica del beneficiario.

Nondimeno, la revoca unilaterale dell'agevolazione trovava la ferma opposizione di molti dei pensionati di Enel che godevano della stessa. Di qui, la controversia giudiziale radicata – come detto – in molti tribunali d'Italia.

Le questioni poste dalla vicenda descritta riguardano la natura giuridica di simili agevolazioni riconosciute al personale in quiescenza e gli effetti verso quest'ultimo del recesso datoriale dalla, o della soppressione concordata della, clausola del contratto collettivo che stabilisca quei benefici. Non si può fare a meno di notare come, a ben vedere, tali problematiche abbiano una portata ben più ampia di quella del caso degli ex dipendenti di Enel. Sono numerosi infatti i contratti collettivi (soprattutto di livello aziendale) che riconoscono per i pensionati benefici di cui è debitore l'ex datore di lavoro. Possono citarsi, ad esempio, i titoli di viaggio concessi gratuitamente, o dietro pagamento di una somma di importo minimo, ai dipendenti in quiescenza delle società del Gruppo FS italiane (3); oppure la contribuzione aziendale a riduzione del premio dovuto dai pensionati per la copertura sanitaria integrativa nel Gruppo Intesa Sanpaolo (4). Insomma, il tema è tutt'altro che trascurabile e rende necessaria un'attenta riflessione, anche e soprattutto in ragione delle perplessità che – come si vedrà – solleva la giurisprudenza in materia. Difatti, l'indirizzo seguito dai giudici giunge a degli esiti non del tutto coerenti con le premesse e tralascia di chiarire una questione di fondo assolutamente imprescindibile quale è quella relativa alla costruzione giuridica della relazione tra il contratto collettivo e il rapporto obbligatorio che lega pensionato ed ex datore.

(3) Contratto aziendale di Gruppo FS italiane del 16.12.2016.

(4) Accordo istitutivo del Fondo sanitario del Gruppo Intesa Sanpaolo del 2.10.2010 e relative disposizioni attuative.

2. — *La soluzione delle Corti al caso dei pensionati di Enel: spunti per una riflessione di sistema* — A quanto consta, (quasi) (5) tutti i ricorsi proposti dagli ex dipendenti di Enel contro la soppressione dello sconto tariffario sono stati rigettati. Ad aprire la fila delle sentenze sfavorevoli ai pensionati ricorrenti è stato il Tribunale di Milano (6), il quale, a fondamento del *decisum*, ha anzitutto affermato che la riduzione tariffaria per i lavoratori in quiescenza non poteva configurare — come invece sostenevano i ricorrenti — un elemento della retribuzione (in natura e differita) a integrazione della pensione, imm modificabile unilateralmente da parte dell'ex datrice. Ciò dipendeva dalla circostanza che l'agevolazione non incideva su nessun'altro istituto retributivo indiretto o differito (13^a mensilità, trattamento di fine rapporto ecc.) o sul calcolo del trattamento pensionistico. Inoltre, il godimento del beneficio prescindeva totalmente dall'anzianità di servizio, dalle mansioni svolte o dalla qualifica ricoperta e, nel caso in cui più componenti di uno stesso nucleo familiare fossero dipendenti (in servizio o in quiescenza), la riduzione spettava una sola volta. Essa quindi risultava svincolata dalla prestazione lavorativa, «mentre la retribuzione rappresenta il corrispettivo della prestazione medesima» (7).

La riduzione tariffaria in questione — a parere del Tribunale — non poteva pertanto considerarsi oggetto di un diritto quesito per gli ex dipendenti, in quanto, non potendo essa essere ritenuta corrispettivo di una prestazione già resa, non era entrata definitivamente nel patrimonio dei pensionati quale derivazione del pregresso rapporto di lavoro. Piuttosto, il riconoscimento dell'agevolazione trovava il proprio unico fondamento nell'accordo collettivo che l'aveva prevista; e tale accordo poteva essere legittimamente modificato o estinto in virtù del principio generale secondo cui il recesso unilaterale da un contratto collettivo privo di un termine di durata prestabilito costituisce causa ordinaria di estinzione del rapporto, idonea a incidere anche sulla posizione dei pensionati.

In ogni caso, il Tribunale ha reputato irrilevanti tutte le argomentazioni

(5) Solo T. Imperia 2.10.2018, inedita a quanto consta, ha riconosciuto fondate le pretese dei pensionati di Enel. Purtroppo, però, nel momento in cui si scrive, le motivazioni della decisione non sono state ancora depositate.

(6) T. Milano 29.12.2016, in *Leggi d'Italia*.

(7) Il Tribunale ha ritenuto poi inconferente la giurisprudenza della Corte di Cassazione che inquadra lo sconto in parola come «reddito di lavoro e perciò, ai fini fiscali, parte della retribuzione e della pensione» (così Cass. 11.12.2015, n. 25024, e, nello stesso senso, Cass. 12.1.2017, n. 586, entrambe in *Pluris*). Così, infatti, a dire del giudice milanese, era stata operata una qualificazione che rilevava solamente in campo tributario.

dei ricorrenti circa l'asserita illegittimità dell'Accordo sindacale del 2015, che aveva previsto il pagamento di una somma *una tantum* in favore dei pensionati che avessero rinunciato a rivendicare il diritto al riconoscimento dello sconto. Quest'ultimo, difatti, era venuto meno non in conseguenza di quanto pattuito nell'accordo aziendale, bensì per effetto del recesso di Enel dalla regolamentazione contrattual-collettiva riguardante la riduzione tariffaria in favore dei pensionati. È dunque sull'accertamento della legittimità di tale atto unilaterale dell'ex datrice di lavoro che il giudizio si sarebbe dovuto incentrare; e invece i ricorrenti non avevano contestato, se non genericamente, la validità ed efficacia del recesso.

Sono queste le ragioni che hanno fondato il rigetto da parte del giudice milanese delle domande dei pensionati di Enel. E questi stessi argomenti sono stati ripresi, senza divergenze sostanziali, anche nelle sentenze delle Corti di merito che successivamente si sono espresse – come detto, in senso sfavorevole ai ricorrenti (con una sola eccezione) – sulla medesima vicenda (8).

Il caso esaminato porta alla luce almeno tre questioni giuridiche a carattere generale: il cui valore, cioè, travalica i confini di quella controversia specifica.

In primo luogo, occorre chiarire se, per i pensionati, i diritti attribuiti da un contratto collettivo vigente al momento del collocamento a riposo possono subire modifiche peggiorative o addirittura essere soppressi a opera di accordi collettivi successivi (9). Una seconda problematica riguarda invece l'efficacia verso i pensionati del recesso datoriale dalla disciplina contrattual-collettiva a tempo indeterminato (in vigore quando il pensionamento è avvenuto) che riconosce quei diritti. Entrambe queste problematiche sono espressione – come meglio si vedrà *infra* – delle difficoltà che si incontrano nel definire con chiarezza sul piano sistematico la relazione esistente tra il contratto collettivo e l'eventuale rapporto obbligatorio pensionato-ex datore.

(8) Solo per citarne alcune, si vedano: T. Roma 30.5.2017; T. Roma 5.9.2017; T. Firenze 21.9.2017; T. Firenze 12.10.2017; T. Tivoli 31.1.2018; T. Roma 8.2.2018; tutte quante in *Leggi d'Italia*; C. App. Brescia 19.10.2018; C. App. Milano 22.10.2018, C. App. Brescia 24.10.2018; C. App. Firenze 15.11.2018; C. App. Firenze 11.12.2018, inedite a quanto consta.

(9) Come correttamente ha messo in evidenza il Tribunale di Milano, questo non è ciò che si è verificato nel caso dei pensionati di Enel, in cui lo sconto tariffario è venuto meno per il recesso unilaterale dalla disciplina contrattual-collettiva, che lo prevedeva, da parte dell'ex datrice. Tuttavia, non si può fare a meno di riflettere anche su questa eventualità, che potrebbe verificarsi (e si è verificata: cfr. Cass. 1.7.2016, n. 13519, in *Pluris*) in fattispecie analoghe.

La terza e ultima questione che si intende affrontare concerne poi la possibile configurabilità come diritti quesiti dei benefici di origine contrattuale-collettiva per i pensionati.

I primi due profili saranno trattati qui di seguito in maniera congiunta in ragione della citata identità della problematica presupposta. Si vaglierà pertanto l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza in materia, rilevandone gli elementi di fragilità. L'intento è quello di valutare l'opportunità di un ripensamento dello stesso e, a tal fine, sarà proposta una diversa opzione ricostruttiva che potrebbe apparire maggiormente consonante con le elaborazioni teoriche generalmente accolte in materia di contratto collettivo.

3. — *La posizione della giurisprudenza* — È ormai consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui, «per i rapporti di lavoro cessati nel vigore di una determinata fonte collettiva, i diritti attribuiti dal contratto non possono essere influenzati dalla stipulazione di successivi contratti (il cui oggetto è limitato ai rapporti in atto), salvo che i lavoratori cessati dal servizio non abbiano conferito specifico mandato alle organizzazioni sindacali stipulanti, o ratificato, anche mediante comportamenti concludenti, la relativa attività negoziale» (10).

Il ragionamento che sorregge questa netta presa di posizione ha origine dalla considerazione secondo cui il contratto collettivo sopravvenuto – diversamente da quanto avviene per la successione tra norme giuridiche – non interviene a modificare quello previgente, ma introduce una nuova disciplina in sostituzione di quella precedente che ha perso efficacia per scadenza del termine o per volontà degli stessi stipulanti. L'oggetto del contratto collettivo è però limitato ai rapporti di lavoro in atto, e quindi l'accordo successivo alla cessazione del rapporto non può incidere sulla posi-

(10) Cass. 11.4.2007, n. 8703; Cass. 21.3.2007, n. 6703; Cass. 28.11.2005, n. 25089; Cass. 4.8.2005, n. 16424; Cass. 22.11.2004, n. 22004; Cass. 20.3.1996, n. 2361; Cass. 6.2.1992, n. 1313, tutte in *Pluris*; Cass. 12.3.2004, n. 5141, in *RIDL*, 2004, n. 4, II, 725 ss. *Contra*, Cass. 16.1.1986, n. 260, in *FI*, 1986, I, 931 ss., e Cass. 27.1.1988, n. 689, in *Pluris*, per le quali i diritti spettanti ai lavoratori cessati sulla base di una fonte collettiva possono subire modifiche, anche *in peius*, a opera di contratti collettivi successivi. Anche Cass. 1.7.2016, n. 13519, cit., ha ritenuto efficace verso i pensionati il contratto collettivo successivo modificativo di un diritto attribuito da quello vigente al tempo del collocamento a riposo. Tuttavia, in questa pronuncia, la Suprema Corte sembra essere incorsa in un errore, poiché ha fatto applicazione di un principio formulato in relazione all'efficacia del recesso datoriale dal vecchio contratto (questione sulla quale – come si vedrà *infra* – la giurisprudenza si esprime in senso positivo) per risolvere il problema dell'opponibilità del contratto sopravvenuto alla cessazione del rapporto.

zione del pensionato maturata in virtù della disciplina negoziale vigente al momento del collocamento a riposo. È ovvio, tuttavia, che – in base al diritto comune dei contratti – il lavoratore in quiescenza può decidere di far propri gli effetti del nuovo accordo, o conferendo a un sindacato stipulante, attraverso uno «specifico mandato», il potere di rappresentarlo, oppure ratificando l'esito dell'attività negoziale.

L'argomentazione è lineare e convincente. La conclusione cui la giurisprudenza perviene non lascia adito a dubbi: è inefficace nei confronti dei pensionati la modifica peggiorativa o la soppressione di un diritto di origine negoziale da parte di un contratto collettivo successivo alla cessazione del rapporto.

Ugualmente inequivocabile, ma non altrettanto coerente sul piano sistematico, è quanto la giurisprudenza sostiene in relazione al recesso datoriale dal contratto collettivo, privo di una scadenza predeterminata, che riconosce un beneficio ai pensionati. Alla situazione di questi ultimi viene fatta applicazione della regola – valida per i negozi privati (11) – secondo cui nei rapporti di durata a tempo indeterminato, allo scopo di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, è ammesso il recesso (12).

Condivisibilmente, questo principio è ritenuto operante in materia di contratti collettivi privi di termine di efficacia (13), la cui funzione sociale finirebbe per essere vanificata dall'impossibilità – dovuta a un'ipotetica definitività del vincolo – di parametrare la disciplina negoziale su di una realtà socio-economica in continua evoluzione (14). Un limite a questa fa-

(11) Cfr. Galgano (1993, 62 s.), secondo cui «l'inammissibilità di vincoli contrattuali perpetui [è] un principio di ordine pubblico: il contratto è, perciò, nullo o può, tutt'al più, convertirsi in contratto a tempo indeterminato, con facoltà di recesso delle parti».

(12) Cass. 1.7.2016, n. 13519, cit.; Cass. 30.10.2013, n. 24533, in *Pluris*; Cass. 28.10.2013, n. 24268, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 298 ss.; Cass. 18.9.2007, n. 19351, in *RCDL*, 2007, n. 4, 1021 ss.; Cass. 20.8.2009, n. 18548, in *RIDL*, 2010, n. 4, II, 928 ss.

(13) Tra i tanti, si leggano: Topo 2014, 810 ss.; Pacchiana Parravicini 2010; Valente 1999, 94 ss. (nonché, *Ead.* 2007, 529 ss.); Tursi 1996, 220 ss.; Maresca 1995, 44 ss.; Rescigno 1993, 576 ss.; Sandulli 1990, 388 ss. In giurisprudenza, si vedano: Cass. 18.12.2006, n. 27031, in *RIDL*, 2007, n. 3, II, 616 ss.; Cass. 1.7.1998, 6427, in *RGL*, 1999, n. 1, II, 90 ss.; Cass. 16.4.1993, n. 4507, in *RIDL*, 1993, n. 4, II, 684 ss.

(14) Afferma Giugni (1989, 121 ss.), riferendosi al contratto collettivo, che «la stessa ragion d'essere di questo strumento normativo [...] è data dal suo carattere elastico, dalla sua vigenza circoscritta a brevi termini di durata, dalla possibilità di sostituire clausole che non abbiano dato buona prova o di variare ambito di applicazione, diritti-doveri e oneri economici, in rapporto al graduale mutamento delle condizioni tecniche-economiche della produzione». A dispetto di questo ruolo «ideale» del contratto collettivo, l'Autore ipotizza però l'affermazione di una «realtà effettuale» in cui

coltà di recesso è però individuato dalla giurisprudenza nell'intangibilità dei diritti quesiti del lavoratore.

Il recesso datoriale è dunque ammesso, e determina l'estinzione del contratto collettivo a tempo indeterminato e la cessazione dei benefici che in esso trovavano la propria fonte esclusiva (fatti salvi – si ripete – i diritti quesiti). Quello che però non persuade chi scrive è l'applicazione *sic et simpliciter* di questo principio, certamente valido per i lavoratori in servizio, alla posizione di coloro che al momento del recesso sono già pensionati, al fine di ricavarne l'effetto del venir meno dei benefici previsti in favore di questi ultimi. Non convince in quanto tra la situazione del lavoratore attivo e quella del cessato sembra sussistere una differenza fondamentale che discende dal fatto che l'oggetto del contratto collettivo «è limitato ai rapporti di lavoro in atto» (15). E allora, prima di affermare l'efficacia del recesso datoriale verso i pensionati, la giurisprudenza dovrebbe spiegare in che modo sia possibile rinvenire nell'autonomia collettiva la scaturigine dell'obbligo datoriale nei confronti dei propri ex dipendenti.

Nella prospettiva di identificare la fonte della posizione creditoria del pensionato è allora determinante comprendere la configurazione giuridica della relazione tra il contratto collettivo e il rapporto obbligatorio che lega il lavoratore cessato e l'ex datore di lavoro. Difatti, solo dopo aver risolto questa problematica presupposta, che la giurisprudenza non ha mai affrontato direttamente, si potrà tentare di rispondere, in un modo coerente sul piano sistematico, agli interrogativi posti circa l'efficacia verso i pensionati delle vicende modificative o estintive della disciplina contrattual-collettiva che riconosce loro determinati vantaggi.

4. — *Alla ricerca della fonte degli obblighi datoriali verso i pensionati* — In costanza di rapporto di lavoro, la relazione tra contratto individuale e contratto collettivo è configurata alla stregua di un «rinvio formale» (e non «materiale») del primo al secondo. L'idea è cioè quella di due fonti che «vivono una vita parallela» e concorrono alla regolazione del rapporto di lavoro mantenendo ciascuna la propria autonomia (16). Già dagli anni ottanta,

«lo strumento ha perso gran parte della sua efficacia come fattore di adeguamento della regola al fatto».

(15) Cass. 11.4.2007, n. 8703, cit.; Cass. 21.3.2007, n. 6703, cit.; Cass. 28.11.2005, n. 25089, cit.; Cass. 4.8.2005, n. 16424, cit.; Cass. 22.11.2004, n. 22004, cit.; Cass. 12.3.2004, n. 5141, cit.; Cass. 20.3.1996, n. 2361, cit.; Cass. 6.2.1992, n. 1313, cit. In dottrina, si leggano Lambertucci 1990, 247 ss., e Scarpelli 1993, 31 ss. *Contra*, Tursi 1996, 252 ss.

(16) Così, Giugni 1989, 177 ss.

la dottrina assolutamente prevalente e la giurisprudenza unanime hanno dunque negato che i diritti previsti dal contratto collettivo in favore del lavoratore si inseriscano nel regolamento contrattuale individuale e divengano pertanto successivamente inemendabili a opera delle parti collettive (17). Le obiezioni principali alla cd. teoria dell'incorporazione sono state identificate nell'insostenibilità della premessa secondo la quale l'unica fonte dei diritti del prestatore d'opera sarebbe il contratto individuale e nel venir meno – in conseguenza dell'accoglimento di quella tesi – della funzione tipica della contrattazione collettiva in ragione dell'impossibilità per le parti sociali di modificare la disciplina negoziale del rapporto di lavoro senza il consenso del lavoratore.

Il contratto collettivo quindi opera dall'esterno come fonte eteronoma di regolamento, senza che il suo contenuto si trasfonda nel contratto individuale, ma, anzi, codeterminando insieme a quest'ultimo la disciplina negoziale del rapporto di lavoro (18). Questo assetto della relazione tra i due livelli contrattuali (individuale e collettivo) e il rapporto di lavoro spiega perché le vicende modificative (*in peius*) e/o estintive delle disposizioni contrattual-collettive attributive di diritti ai lavoratori sono efficaci nei confronti di questi ultimi a prescindere dal fatto che essi – come invece vorrebbe la teoria dell'incorporazione – abbiano prestato individualmente il proprio consenso. E allora il contratto collettivo posteriore che riduce la percentuale di maggiorazione del lavoro straordinario prevista da quello vigente al momento dell'assunzione è certamente opponibile al lavoratore (ferma restando l'intangibilità del diritto a veder retribuito lo straordinario prestato sotto la vigenza della precedente regolamentazione secondo le maggiorazioni in essa previste); così come quest'ultimo non potrà rivendi-

(17) In dottrina, oltre a Giugni 1989, 177 ss., si possono citare, tra i moltissimi: Vardaro 1985, 214 ss.; Maresca 1985, 696 ss.; Lambertucci 1990, 235 ss.; Tursi 1996, 245 s.; Lassandari 2007, 470 ss. *Contra*, Di Nubila 1968, 459 ss., e Ghezzi, Romagnoli 1992, 170 (questi ultimi, però, riconoscono che, «per quanto sostenibile», la tesi dell'incorporazione è «minoritaria»). In giurisprudenza è *ius receptum* il principio secondo cui «le disposizioni del contratto collettivo non si incorporano nel contenuto dei contratti individuali, dando luogo a “diritti quesiti” sottratti al potere dispositivo dei sindacati, ma operano dall'esterno sui singoli rapporti di lavoro come fonte eteronoma di regolamento, concorrente con la fonte individuale» (Cass. 12.7.1986, n. 4517; Cass. 28.11.1992, n. 12751; Cass. 24.10.1995, n. 11052; Cass. 24.8.2004, n. 16691; Cass. 10.10.2007, n. 21234; Cass. 29.10.2015, n. 22126, tutte in *Pluris*).

(18) Si tratta di un approdo interpretativo che è conseguenza del fatto che, nel nostro ordinamento, al contratto collettivo è riconosciuta un'efficacia immediata di tipo regolativo. Sul punto, si veda Nogler 1997, spec. 161 ss.

care l'inefficacia nei suoi confronti del recesso datoriale da un accordo aziendale a tempo indeterminato che stabiliva un orario normale di lavoro di durata inferiore rispetto a quello fissato dalla contrattazione di categoria o dalla legge. In simili casi, infatti, il diritto del lavoratore trova la propria fonte esclusivamente in una previsione contrattual-collettiva, cosicché qualunque fatto giuridico che incida su di essa finisce per ripercuotersi sulla stessa posizione soggettiva di vantaggio.

Ciò detto con riferimento ai lavoratori in servizio, *quid iuris* per i diritti che i contratti collettivi attribuiscono ai pensionati? Le disposizioni negoziali in questo senso configurano la permanenza di un rapporto obbligatorio tra lavoratore in quiescenza ed ex datore, nonostante i due – per l'appunto – non siano più legati da un contratto di lavoro. È allora necessario chiedersi se la ricostruzione della relazione tra fonte collettiva e individuale accolta per i lavoratori ancora in servizio (per i quali si è detto essere esclusa l'incorporazione) permanga inalterata anche per i pensionati o se, invece, per questi ultimi, sia plausibile una sua riconfigurazione in termini diversi.

Il nodo fondamentale da sciogliere è quello relativo all'individuazione della fonte del rapporto obbligatorio che lega il pensionato all'ex datore quando in favore del primo è previsto un beneficio alla cui erogazione è tenuto il secondo. Tale fonte non può evidentemente essere più il contratto di lavoro, che è cessato; ma neppure è possibile identificarla direttamente nel contratto collettivo, posto che – come ripete la giurisprudenza più volte richiamata – l'oggetto di questo «è limitato ai rapporti di lavoro in atto». Esso pertanto non espleta la sua funzione tradizionale e principale – quella normativa, ovverosia quella di regolazione del contenuto dei rapporti individuali (19) – con riferimento a relazioni giuridiche diverse da quelle di lavoro.

Non resta allora che configurarsi l'esistenza di un contratto individuale atipico *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, con funzione «latamente previdenziale» (si chiarirà meglio *infra* cosa si intende con questa espressione) che viene concluso alla cessazione del rapporto di lavoro. È in quel momento, infatti, che si perfeziona (per il verificarsi di tutti gli elementi della fattispecie) la propo-

(19) La funzione normativa del contratto collettivo è di sicuro quella che tradizionalmente ha prevalso, senza però mai acquisire il carattere della esclusività. Pertanto, al fine di evitare di incorrere in definizioni parziali e quindi incomplete, può dirsi – richiamando Giugni (1989, 151 ss.) – che la funzione del contratto collettivo va individuata «nella realizzazione dell'interesse di tutela *lato sensu* dei lavoratori quale si esprime nell'esperienza organizzativa o, in altre parole, nella "coalizione", fenomeno storico-sociale ben identificato, a cui l'ordinamento stesso finisce per rinviare».

sta negoziale (rivolta dal datore al singolo lavoratore cessato) i cui elementi sono predeterminati dal contratto collettivo. In altre parole, con la sottoscrizione di certe clausole di quest'ultimo, il datore ha accettato nei confronti della controparte sindacale di impegnarsi a riconoscere, dopo la fine del rapporto di lavoro, un beneficio ai propri ex dipendenti. Lo schema è quello del contratto preliminare a favore di terzi (20), con il quale – nell'ipotesi che si sta trattando – una delle parti (il datore) si obbliga formalmente nei confronti dell'altra (il sindacato) a concludere con un terzo (il pensionato) un negozio che, a seconda dei casi, assumerà i tratti di un contratto con obbligazioni per il solo proponente o di un contratto gratuito modale (21).

Talvolta, l'attribuzione del beneficio non implica alcun tipo di obbligazione o di «peso» per il pensionato. Quando ciò si verifica ricorre la figura prevista dall'art. 1333 c.c. e può farsi applicazione del peculiare regime contemplato da questa disposizione per la conclusione del negozio definitivo. Pertanto, in deroga alla disciplina generale degli artt. 1326 e 1328 c.c., la proposta diviene irrevocabile non appena giunge a conoscenza dell'oblato e, se questi non rifiuta entro il termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, il contratto è concluso. Così, per esempio, nel caso dello sconto tariffario di Enel non era richiesta l'accettazione da parte del pensionato affinché il negozio individuale (con obbligazioni solo per la ex datrice) si perfezionasse al momento del collocamento a riposo. È vero che, per godere dell'agevolazione, il pensionato avrebbe dovuto avere un contratto di fornitura di energia elettrica con Enel (e non con una società concorrente); ma una simile condizione non impediva la riconducibilità del negozio relativo allo sconto nello schema dell'art. 1333 c.c., essendo essa piuttosto espressione del dovere del creditore di cooperare all'adempimento ricavabile dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 c.c. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto (22).

(20) La cui ammissibilità nel nostro ordinamento non è revocabile in dubbio: cfr. Calvo 2016, 61 ss.

(21) L'assetto contrattuale descritto non è inedito: in Cass. 21.12.1987, n. 9500, in *GI*, I, 1, 1560 ss. (più di recente richiamata da C. App. Roma 15.6.2005, in *Pluris*), si ricorre al modello del preliminare a favore di terzi (finalizzato proprio alla conclusione di un contratto con obbligazioni per il solo proponente) per inquadrare giuridicamente l'accordo con cui un coniuge, in sede di separazione consensuale, assume verso l'altro l'obbligo di trasferire a titolo gratuito in un prossimo futuro alla figlia minore un determinato bene immobile al fine di soddisfare il suo dovere di mantenimento della prole (per un commento critico alla sentenza si veda Costanza 1988, 1241 ss.).

(22) Cfr. Visintini 2002, 172 ss.

La figura del contratto con obbligazioni per il solo proponente è però incompatibile con le obbligazioni modali. L'art. 1333 c.c. non potrà dunque applicarsi quando la proposta di contratto gratuito (formulata in forza dell'obbligo assunto con il preliminare in favore di terzi) include un *modus* (23). È quanto avviene, ad esempio, se, per la concessione di titoli di viaggio per treni o autobus ai pensionati delle società di trasporto persone, è prevista una compartecipazione economica del beneficiario di importo limitato o addirittura simbolico. Tuttavia, l'accettazione, che questa volta è necessaria perché il contratto si perfezioni, può ritenersi avvenuta per fatti concludenti proprio nel momento in cui il pensionato adempie al *modus*.

In definitiva, con la cessazione del rapporto di lavoro, si perfeziona una proposta contrattuale del datore i cui contenuti sono prestabiliti dal contratto collettivo. Quest'ultimo, dunque, proprio con il pensionamento, esaurisce la sua funzione di regolazione del rapporto (di lavoro) e continua a rilevare come fonte dell'obbligo datoriale di concludere un contratto definitivo avente a oggetto l'attribuzione di un beneficio all'ex dipendente. Una volta che ciò si sia verificato, però, il preliminare a favore di terzo cessa ogni sua funzione e la relazione tra ex datore e lavoratore in quiescenza trova la sua unica fonte nel contratto individuale concluso per effetto del mancato rifiuto (contratto con obbligazioni del solo proponente) o dell'accettazione per fatti concludenti (contratto gratuito modale) da parte del pensionato della proposta datoriale.

Tenendo fede a una simile ricostruzione, si può sostenere che il contratto collettivo sia, per i lavoratori cessati, meramente la fonte originaria che individua le condizioni affinché venga a esistenza l'obbligo del datore di formulare la proposta contrattuale avente a oggetto il beneficio. Al contrario di quanto si è detto avvenire in costanza di rapporto di lavoro, in questo caso il contenuto di tale fonte originaria si incorpora dunque nel contratto individuale, il quale resta solo a regolare la relazione tra le parti (24). In al-

(23) Da ultimo, Cass. 18.6.2018, n. 15997, in *Pluris*.

(24) La teoria dell'incorporazione è stata richiamata anche in relazione a un'altra ipotesi di «cesura [...] nel rapporto tra contratto individuale [in quel caso, di lavoro] e contrattazione collettiva, risultando il primo "impermeabile" all'evoluzione della seconda». Si tratta del caso in cui, in ragione di una «firma separata» del contratto collettivo nazionale, i lavoratori ai quali si applicava un determinato trattamento in forza di una previsione contrattual-collettiva non accedono alla disciplina prevista dal «nuovo» contratto (perché non iscritti a un sindacato firmatario) e, nel contempo, vedono cessare il rilievo giuridico del «vecchio» (perché scaduto). Ebbene, in una simile circostanza in cui «il contratto individuale si vede privato di ogni connessione con la dinamica collettiva, non costituisce più una forzatura ipotizzare che la regolamenta-

tre parole, in ragione del venir meno del contratto di lavoro, la disciplina del rapporto obbligatorio tra pensionato ed ex datore non è più dettata in concorso dal contratto collettivo e dal contratto individuale, ma si fonda invece esclusivamente su quest'ultimo.

Questa ricostruzione contribuirebbe a spiegare perché il contratto collettivo successivo al pensionamento non può incidere sulla posizione del lavoratore in quiescenza; ma consentirebbe anche di negare l'efficacia verso chi è già pensionato del recesso datoriale dal contratto collettivo vigente alla data del collocamento a riposo. Entrambi i negozi (contratto sopravvenuto e recesso) sarebbero infatti rivolti a un contratto (quello collettivo in vigore nel momento del pensionamento) che non è più la fonte dinamica di regolazione del rapporto obbligatorio in essere, visto che, come detto, tale fonte è rinvenibile – secondo la tesi proposta – in un contratto individuale.

Certo, qualcuno potrebbe obiettare che questa «individualizzazione» del diritto del pensionato non priverebbe il datore della facoltà di recesso, trattandosi pur sempre di un contratto (individuale) senza predeterminazione di un termine di efficacia.

A questo rilievo si può però replicare che, in realtà, una scadenza è ravvisabile e coincide con la morte del beneficiario. Com'è noto, infatti, carattere essenziale del termine di efficacia di un contratto è che sia ricollegato a un evento certo, a poco rilevando che si tratti di un prestabilito giorno di calendario oppure di un accadimento di altro tipo come il raggiungimento della maggiore età o, per l'appunto, la morte di una persona (25). La giurisprudenza ha affermato questo principio in relazione a diversi istituti: per il comodato è stato detto che «la concessione [...] di un immobile per tutta la vita del comodatario [...] costituisce un contratto a termine di cui è certo l'*an* e incerto il *quando* [...], a fronte del quale il comodante o i suoi eredi possono sciogliersi [...] non liberamente» (26); è stato reputato elemento essenziale per la costituzione di una rendita vitalizia la determinazione della durata con riferimento alla vita della persona, dal che si deduce che la morte di quest'ultima costituisce un termine di efficacia (27); per la somministrazione di cose è stato affermato che, affinché si possa con-

zione del contratto collettivo non vigente [...] si incorpori nei rapporti individuali di cui ha costituito in concreto punto di riferimento per anni, e che altrimenti sarebbero completamente lasciati liberi a se stessi» (Lassandari 2003, 723 s.).

(25) Cfr. Di Majo 2015, 658.

(26) Cass. 18.3.2014, n. 6203; Cass. 31.10.2018, n. 27938, entrambe in *Pluris*.

(27) Cass. 10.3.1965, n. 385, in *Pluris*.

siderare il contratto a tempo determinato e quindi escludere il diritto di ciascuna delle parti al recesso *ad nutum ex* art. 1569 c.c., non è necessario che la durata sia stata determinata in modo espresso, potendo invece i contraenti fissare il termine *per relationem* con riferimento a un certo avvenimento che dovrà in seguito verificarsi (28).

Ma anche in campo giuslavoristico si è detto che «col contratto individuale il datore non assume alcun vincolo perpetuo poiché ogni suo obbligo è destinato a cessare [...], al più tardi, con la morte del lavoratore. Egli non può perciò recedere *ad nutum* né dall'intero contratto (art. 1, legge n. 604/1966) né dalle singole clausole, salvo che il potere di recesso non gli sia attribuito (art. 1373 c.c.) dal contratto stesso o dalla legge» (29). Sebbene sia senz'altro discutibile l'idea che la disciplina del licenziamento chiami in causa, rispetto al datore di lavoro, la libertà personale e quindi l'esigenza di temporaneità del vincolo obbligatorio (30), resta il fatto che dal passaggio citato è possibile trarre un'ulteriore conferma all'ipotesi formulata sopra: un contratto che perde efficacia con la morte di una delle parti non può essere considerato a tempo indeterminato.

5. — *La natura giuridica del beneficio: diritto quesito o mera aspettativa?*

— Va detto che la ricostruzione proposta, per quanto dotata di un solido fondamento teorico e coerente dal punto di vista sistematico, è priva di riscontri espliciti nella giurisprudenza, che si affida invece – specie in materia di efficacia verso i pensionati del recesso dal contratto collettivo – a prin-

(28) Cass. 17.11.1983, n. 6864, in *Pluris*.

(29) Cass. 7.3.2002, n. 3296, in *MGL*, 2002, n. 5, 302 ss. Il caso deciso dal Supremo Collegio concerne la pretesa del datore di lavoro di recedere (adducendo l'eccessiva onerosità sopravvenuta) dall'impegno assunto con l'accordo istitutivo di un fondo di previdenza integrativa che lo obbligava a pagare i trattamenti pensionistici con risorse proprie in caso di insufficienza del fondo stesso. La pronuncia sembra accogliere la tesi dell'incorporazione quando afferma che con il contratto individuale «datore e prestatore recepiscono esplicitamente o implicitamente il contenuto del contratto collettivo». È tale asserzione a motivare la conclusione secondo cui il legittimo recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato non può avere effetto retroattivo, cioè «non cancella l'efficacia dei contratti individuali già stipulati», con i quali appunto il datore ha assunto un vincolo, non perpetuo, ma soggetto a un termine di efficacia (al più tardi, la morte del lavoratore). Il passaggio della sentenza riportato nel testo si inserisce proprio in questo *iter* argomentativo che porta la Corte a concludere che il recesso dal contratto collettivo non può comportare la caducazione dei contratti individuali in corso, e quindi, in definitiva, che il diritto alla prestazione pensionistica integrativa è intangibile. Per una critica puntuale e vigorosa della pronuncia si legga Gramiccia 2002, 304 ss.

(30) Cfr. Nogler 2007, 598 ss.

cipi di diritto enucleati in maniera per lo più apodittica. Ciò detto, mettendo da parte la tesi proposta e collocandosi nella prospettiva dell'orientamento seguito dalle Corti, a chi scrive pare che comunque vi sia spazio per sostenere l'illegittimità della soppressione, attraverso il recesso datoriale dal contratto collettivo, dei vantaggi riconosciuti a chi è già in quiescenza (31). Non sembra infatti di potersi escludere che, nella maggior parte dei casi, tali benefici siano oggetto di un diritto quesito del pensionato.

Se è vero che buona parte della giurisprudenza ammette il recesso datoriale dagli accordi collettivi privi di predeterminazione di un termine di efficacia, è altrettanto innegabile che quelle stesse pronunce hanno sottolineato che ciò deve avvenire «senza che [...] vengano lesi i diritti intangibili dei lavoratori, derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole», cioè i cd. diritti quesiti (32). Sono definiti tali i diritti «già entrati a fare parte del patrimonio del lavoratore, quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita» (33). Per qualificare in questo senso una situazione giuridica è pertanto necessario dimostrare che la fattispecie costitutiva della stessa si è già perfezionata (34); in altre parole, che il beneficio economico è dovuto dal(l'ex) datore come controprestazione di un'attività già svolta dal(l'ex) dipendente.

L'istituto sovente utilizzato dalla giurisprudenza per chiarire il concetto è quello del lavoro straordinario: un contratto collettivo non può ridurre la percentuale di maggiorazione della retribuzione per le ore di lavoro eccedenti l'orario normale già prestate sotto la vigenza della precedente regolamentazione; questo perché la fattispecie astratta attributiva della situazione giuridica di vantaggio (diritto alla maggiorazione per la percentuale superiore) è già stata integrata in tutti i suoi elementi, configurando pertanto un diritto quesito. Sarà invece ben possibile per le parti sociali intervenire *pro futuro* sull'entità del trattamento economico per lo straordinario, essendosi in questo caso in presenza di una mera aspettativa, inidonea come tale ad assumere la consistenza del diritto soggettivo.

(31) Non si pone invece il problema per l'eliminazione o la modifica *in peius* del beneficio disposta da un contratto collettivo successivo al collocamento a riposo, perché – come si è visto – la giurisprudenza in materia già si esprime per l'inefficacia verso il pensionato della nuova regolamentazione peggiorativa.

(32) Così Cass. 30.10.2013, n. 24533, cit.; ma, nello stesso senso: Cass. 1.7.2016, n. 13519, cit.; Cass. 20.8.2009, n. 18548, cit.; Cass. 18.9.2007, n. 19351, cit.; Cass. 12.3.2004, n. 5141, cit.

(33) Da ultimo, Cass. 1.7.2016, n. 13519, cit.

(34) Secondo Ferraro (1995, 294), sono diritti quesiti quelli per i quali «si è completato il processo acquisitivo alla sfera individuale».

In realtà, però, nella maggior parte dei casi, la qualificazione di una posizione giuridica soggettiva alla stregua di diritto quesito o di aspettativa è infinitamente più complessa e meno intuitiva di quanto l'esempio del lavoro straordinario – come detto, utilizzato dalla giurisprudenza stessa – potrebbe lasciar pensare. In particolare, la difficoltà sta proprio nel determinare, nei rapporti di durata, il momento del perfezionamento della fattispecie costitutiva (35), al punto che, talvolta, le soluzioni adottate appaiono di carattere dogmatico.

Circa la natura dei benefici di origine contrattual-collettiva in favore dei pensionati, la giurisprudenza è tutt'altro che univoca (36), anche se, a ben vedere, l'orientamento che ne nega l'intangibilità sembra prevalere. Segnatamente, si afferma che la situazione giuridica vantata dai lavoratori in quiescenza, lungi dal costituire un diritto quesito, rappresenta una mera pretesa alla stabilità di agevolazioni economiche derivanti da precedenti normative negoziali più favorevoli e da queste accordate come estensione o riflesso del beneficio riconosciuto al personale in servizio.

Tuttavia, una soluzione diversa non è da escludersi. Nulla infatti sembra ostare a qualificare le agevolazioni in parola come trattamenti di fonte negoziale con funzione previdenziale, visto che si tratta di emolumenti (in natura) che il datore si impegna a corrispondere dopo la fine del rapporto di lavoro in ragione dell'avvenuto svolgimento dello stesso e per assicurare al proprio ex dipendente una tutela integrativa di quella pensionistica pubblica o privata durante la vecchiaia. Se così è, all'atto del pensionamento si perfeziona la fattispecie costitutiva di un diritto di credito che trova la sua causa proprio nella prestazione lavorativa eseguita per l'ex datore. Peraltro, nella quasi totalità dei casi, la disciplina contrattual-collettiva riconosce questo diritto ai pensionati solamente qualora abbiano lavorato alle dipendenze della società obbligata per almeno un certo numero di anni.

A ulteriore conferma della funzione latamente previdenziale dei benefici *de quibus* milita il fatto che, non di rado (ad esempio, nella vicenda Enel

(35) Cfr. Allamprese 2015, 54 ss.

(36) Sembrano accertare l'esistenza di un diritto quesito: Cass. 30.10.2013, n. 24533 cit.; Cass. 28.10.2013, n. 24268, cit. (in queste due pronunce, però, la fattispecie è affatto peculiare: cfr. De Salvia 2014, 298 ss.); Cass. 12.3.2004, n. 5141, cit.; Cass. 4.5.2005, n. 9269 (in senso analogo a quest'ultima si vedano le altre sentenze relative alla medesima vicenda: Cass. 14.7.2005, n. 14825; Cass. 22.7.2005, n. 15517; Cass. 28.7.2005, n. 15899; Cass. 28.7.2005, n. 16172, tutte in *Pluris*). Invece, più esplicite sono le pronunce che negano tale natura alla situazione giuridica dei pensionati: Cass. 18.9.2007, n. 19351, cit.; Cass. 20.8.2009, n. 18548, cit.; Cass. 1.7.2016, n. 13519, cit.

era così), in caso di morte dell'ex lavoratore, è prevista dal contratto collettivo una sorta di «reversibilità» in favore del coniuge superstite, il quale continua a godere del trattamento per tutta la sua vita.

Ricondotto questo genere di agevolazioni per i pensionati nella categoria delle prestazioni con funzione previdenziale a base negoziale, niente impedisce di applicare anche a esse il principio stabilito a proposito dei trattamenti pensionistici integrativi: «il diritto alla pensione integrativa nasce al momento del collocamento in quiescenza [...], momento nel quale si perfeziona la fattispecie costitutiva, e non può pertanto, pur integrando a sua volta un rapporto obbligatorio di durata, essere influenzato, contro la volontà del titolare, dalle vicende che regolano un rapporto di lavoro ormai cessato...» (37). Così, una nuova normativa collettiva o il recesso datoriale dal contratto che stabilisce il trattamento previdenziale potranno produrre effetti nei confronti dei dipendenti ancora in servizio, ma non verso chi, alla data in cui quegli atti si perfezionano, è già in pensione. Per questi ultimi, infatti, è già venuto a esistenza un diritto di credito su cui non potranno in alcun modo influire – contro la volontà del titolare – gli accadimenti negoziali successivi al collocamento a riposo.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2015), *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari.
- Calvo R. (2016), *Contratto preliminare. Art. 1351*, in Schlesinger P. (fondato da), Busnelli F.D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Costanza M. (1988), *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *GC*, n. 5, I, 1241 ss.
- De Salvia A. (2014), *Diritti quesiti ed efficacia nel tempo del contratto collettivo aziendale: un apparente ripensamento della Corte di Cassazione*, in *RGL*, n. 2, II, 298 ss.
- Di Majo A. (2015), *Gli elementi accidentali del contratto: condizione, termine e modo*, in Bessone M. (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, XXI ed., Giappichelli, Torino, 652 ss.
- Di Nubila V. (1968), *Sulla modificabilità «in peius» di una regolamentazione collettiva per mezzo di una regolamentazione successiva*, in *RGL*, n. 4-5, II, 458 ss.
- Ferraro G. (1995), *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *RIDL*, n. 3, I, 277 ss.
- Galgano F. (1993), *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1386*, in Galgano F., Visentini G., *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da*

(37) Così, Cass. 11.11.1988, n. 6116, in *RIDL*, 1989, n. 3, II, 407 ss.; ma conformemente, *ex multis*, Cass. 27.8.1997, n. 8098, in *MGL*, 1997, n. 6, 791 ss. In dottrina, si veda Pacchiana Parravicini 2010, 169 ss.

- nominare. Artt. 1372-1405*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1 ss.
- Ghezzi G., Romagnoli U. (1992), *Il diritto sindacale*, III ed., Zanichelli, Bologna.
- Giugni G. (1989), *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna.
- Gramiccia G. (2002), *Recesso del datore di lavoro dal patto collettivo in tema di previdenza complementare*, in *MGL*, n. 5, 304 ss.
- Lambertucci P. (1990), *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova.
- Lassandari A. (2003), *Considerazioni a margine della «firma separata» del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici*, in *RGL*, n. 4, I, 709 ss.
- Lassandari A. (2007), *Rapporti tra contratti collettivi*, in Zoli C. (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. I, II ed., Utet, Torino, 459 ss.
- Maresca A. (1985), *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *DLRI*, n. 4, 685 ss.
- Maresca A. (1995), *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *ADL*, n. 2, I, 35 ss.
- Nogler L. (1997), *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, n. 4, 593 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2010), *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, Torino.
- Rescigno P. (1993), *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *MGL*, n. 4-5, 576 ss.
- Sandulli P. (1990), *Disdettabilità di accordi collettivi e prestazioni pensionistiche complementari*, in *MGL*, n. 4-5, 388 ss.
- Scarpelli F. (1993), *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano.
- Topo A. (2014), *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, in Proia G. (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 789 ss.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Valente L. (1999), *Libertà di recesso dal contratto collettivo senza predeterminazione di durata e riflessi giuridici sui trattamenti pensionistici integrativi. Il problema dei diritti acquisiti*, in *RGL*, n. 1, II, 93 ss.
- Valente L. (2007), *Recesso dal contratto collettivo senza predeterminazione della durata e tutela dei diritti individuali*, in *RGL*, n. 3, II, 523 ss.
- Vardaro G. (1985), *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Visintini G. (2002), *Mora del creditore*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, 9, t. I, II ed., Utet, Torino, 172 ss.

ABSTRACT

Il saggio prende in esame il tema delle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute dal contratto collettivo in favore dei lavoratori in quiescenza, interrogandosi sulla natura delle stesse e sugli effetti nei confronti dei pensionati del recesso datoriale dalla, o della soppressione concordata della, clausola contrattuale-collettiva che stabilisca quei benefici. Dopo aver messo in luce le incongruenze dell'orientamento seguito dalla giurisprudenza in materia, l'Autore propone una diversa opzione ricostruttiva che appare maggiormente consonante con le elaborazioni teoriche generalmente accolte in tema di contratto collettivo e di diritti quesiti.

COLLECTIVE AGREEMENT AND ADVANTAGEOUS LEGAL POSITIONS
IN FAVOUR OF THE RETIREES

The essay analyses the issue of advantage's legal positions envisaged by the collective agreements to the pensioners. The essay investigates the nature of those benefits and the effects towards the retirees because of the termination (determined by the employer or agreed by the parties) of the collective agreement's clause. After highlighting the jurisprudence's incongruities in this regard, a reconstruction more consistent with the theoretical elaborations generally accepted in the field of collective agreement and acquired rights is proposed.

Antonio Lo Faro (*)

LA CARTA E LE CORTI DIECI ANNI DOPO:
A CHE PUNTO SIAMO? (**)

SOMMARIO: 1. L'eredità negativa della Carta: l'ipergiudizializzazione dell'Europa sociale e i suoi limiti. — 2. L'ambito di applicazione della Carta: il duplice significato di una giurisprudenza ancora *in fieri*. — 3. Il punto di partenza: *Åkerberg Fransson*. — 4. L'interpretazione restrittiva: le normative nazionali regressive e il non-uso della Carta. — 5. L'interpretazione espansiva: le normative nazionali di tutela sociale come «deroga» al diritto dell'Unione. Un abuso della Carta? — 6. L'uso selettivo della Carta. — 7. La Corte rispetta (le disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della) Carta? — 8. Si scrive bilanciamento; si legge primato.

1. — *L'eredità negativa della Carta: l'ipergiudizializzazione dell'Europa sociale e i suoi limiti* — Quando, all'alba del nuovo secolo, Boaventura de Sousa Santos osservava che al declino del modello di *welfare State* novecentesco si stava accompagnando una evidente «dislocazione del nucleo di legittimazione dello Stato contemporaneo dal legislativo e l'esecutivo verso il giudiziario» (1), il noto sociologo portoghese non si riferiva specificamente all'ordinamento dell'Unione europea. Eppure, non vi è forse nessun altro ordinamento giuridico che più di quello eurounitario possa oggi essere evocato a conferma del rilievo progressivamente guadagnato dalla istanza giudiziaria nell'orientare alcuni dei processi di trasformazione in atto nelle costituzioni economiche contemporanee, soprattutto nel campo della tutela sociale e del lavoro (2). Non occorrono invero particolari sforzi argomentativi per registrare come, almeno a partire dagli anni novanta del secolo scorso, alla sostanziale eclissi del legislatore sociale europeo abbia fatto da contraltare un evidente protagonismo della Corte di Giustizia nel

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania.

(**) Il presente saggio rappresenta un completamento del *Tema* pubblicato nel n. 4/2018.

(1) De Sousa Santos 2000.

(2) Sul tema, vd. anche, da ultimo, con riferimento all'ordinamento italiano, Speciale 2018.

tracciare i confini sociali del progetto ordoliberal perseguito dai Trattati europei (e dagli ulteriori strumenti di *governance* economica successivamente intervenuti).

All'affermazione di un siffatto processo di giudiziizzazione delle politiche pubbliche – visibilmente proiettato dal piano istituzionale a quello scientifico, essendo ormai alla Corte di Giustizia dedicata la gran parte della letteratura accademica sull'Europa sociale – ha senza dubbio contribuito la Carta dei diritti fondamentali, la cui adozione ha determinato una sorta di *mainstream* pancostituzionalista che ha di fatto interamente ricondotto le analisi sulla dimensione sociale europea alla valutazione della effettività della tutela giudiziale dei diritti sociali fondamentali, in ciò probabilmente trascurando il rilievo della sfera politica e normativa (3).

Fatta questa doverosa premessa, sarà tuttavia bene evidenziare sin d'ora che anche questo contributo si iscrive nel *mainstream* scientifico sopra richiamato, essendo esso dedicato a valutare non tanto l'opportunità di aver sostanzialmente trasferito alla sede giudiziale la risoluzione dei grandi snodi dell'Europa sociale del nuovo millennio, quanto piuttosto a verificare se una siffatta (iper)giudizializzazione dell'Europa sociale abbia proceduto lungo i binari di una coerente e compiuta dottrina giurisprudenziale dei diritti sociali fondamentali; ovvero se, al contrario, il quadro concettuale della tutela giudiziale dei diritti fondamentali nell'ordinamento multilivello risulti a tutt'oggi caratterizzato da una serie di dilemmi piuttosto «primordiali», ancora lontani dall'essere risolti a distanza di quasi venti anni dall'adozione della Carta e di oltre dieci dalla sua proclamazione come fonte avente «lo stesso valore giuridico dei Trattati» (art. 6 TUE).

2. — *L'ambito di applicazione della Carta: il duplice significato di una giurisprudenza ancora in fieri* — A prescindere dal contenuto sostanziale che a ognuno di essi è possibile attribuire, pare evidente che il primo ostacolo che si frappone alla effettiva tutela giudiziale di diritti sociali qualificati come fondamentali attiene alla stessa possibilità di ritenerli nella concreta fattispecie applicabili.

A questo riguardo, come noto, una insanabile contraddizione affligge sin dall'origine la peculiare configurazione che ha caratterizzato nell'ordinamento europeo il tormentato processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali: da una parte, la volontà – frustrata dagli esiti referendari del 2005 – di dotare l'Unione di una Costituzione, con annesso catalogo di diritti fondamentali intesi quali imprescindibili riferimenti valo-

(3) Sia consentito rinviare a Lo Faro 2018.

riali universalmente condivisi nello spazio giuridico europeo; dall'altra, l'esigenza di non turbare, attraverso l'introduzione di un siffatto catalogo, la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri e di non rimettere dunque in discussione la validità del principio di attribuzione. Il «timore di un'estensione strisciante delle competenze dell'Unione [che ha] dominato le discussioni sulla Carta» (4) in seno alle convenzioni e alle conferenze intergovernative che tra il 2000 e il 2007 hanno dato luogo all'adozione della Carta, del progetto di Trattato costituzionale e infine del Trattato di Lisbona, ha così determinato una sorta di eccesso di preoccupazione nei negoziatori dei testi in questione, ben rappresentato dal fatto che l'inidoneità dei diritti fondamentali a modificare la ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione è stato ribadito in ben tre «sedi» diverse: l'art. 6.2 TUE, secondo il quale «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati»; il ridondante art. 51.2 della Carta, secondo il quale la Carta «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»; nonché le Spiegazioni relative all'art. 51, con le quali si è inteso ribadire che «la Carta non può avere l'effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all'Unione dai trattati».

Sopraffiede a tale imponente spiegamento di forze regolative – dalla quale si deduce che la disciplina dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale ha più a che fare con poteri che con diritti (5) – una disposizione la cui interpretazione è tuttora lungi dall'essere stata pienamente chiarita. Afferma infatti l'art. 51.1 della Carta che le relative disposizioni «si applicano [agli] Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*», così introducendo una regola che, a seconda delle interpretazioni, può dare adito sul piano sostanziale a esiti molto diversi e in certa misura addirittura specularmente opposti.

La questione diventa evidente ove la si collochi sul piano che, più di ogni altro, ha segnato nell'ultimo decennio la storia (o la sorte) dei diritti sociali nel contesto del processo di costruzione del mercato interno: ovvero il non celato conflitto tra una ideologia mercatista, ben rappresentata, tra l'altro, dalla giurisprudenza della Corte, e gli strumenti di regolazione sociale assunti in ambito nazionale, a volte con disposizioni di natura e/o fondamento costituzionale. In questo specifico contesto, come detto, la

(4) Ziller 2017.

(5) Così von Papp 2018.

disposizione dettata dall'articolo 51.1 della Carta può prestarsi a due letture diverse.

Da una parte, potrebbe infatti prospettarsi il caso di legislazioni nazionali del lavoro improntate ai canoni della «flessibilità» – magari, ma non necessariamente, adottate dagli Stati membri in attuazione di politiche macroeconomiche restrittive dettate a livello europeo – che a causa del loro carattere eccessivamente regressivo vengono a porsi in contrasto con diritti sociali fondamentali affermati dalla Carta.

Dall'altra parte si collocano invece i casi – tipicamente riconducibili al *Laval quartet* – in cui si tratta di verificare se e in che misura la Carta possa avere un ruolo nell'orientare il giudizio della Corte circa la compatibilità degli standard nazionali di tutela sociale con le regole della libera circolazione dei fattori di produzione nel mercato interno.

È evidente come, nelle due categorie di casi, la questione dell'applicabilità della Carta si presenti in termini che, dal punto di vista della tutela dei diritti sociali, sono molto diversi: nelle prime ipotesi, ciò che viene in gioco è in buona sostanza una possibile violazione di un diritto sociale fondamentale da parte di una legislazione nazionale, e dunque una conseguente *richiesta di applicazione di un diritto riconosciuto dalla Carta* da parte di un soggetto privato operante in uno Stato membro. Nelle seconde ipotesi, per contro, ciò che viene in esame è invece la legittimità di una deroga nazionale alle regole della libera circolazione, che lo Stato membro rivendica al fine di tutelare un diritto già riconosciuto come fondamentale in ambito nazionale, e ciò che viene dunque in gioco è un *contemperamento tra diversi diritti fondamentali operanti nello spazio costituzionale multilivello*: quelli garantiti dagli ordinamenti nazionali e quelli sanciti dalla Carta di cui la Corte si fa interprete.

La risposta della Corte all'applicabilità della Carta nelle due categorie di casi non è stata univoca, oscillando tra una certa chiusura nel primo caso (par. 4) e una maggiore apertura nel secondo (par. 5), con conseguenze che in entrambi i casi non si sono rivelate sempre propizie per la sorte dei diritti sociali nell'ordinamento integrato.

3. — *Il punto di partenza: Åkerberg Fransson* — Al fine di definire se la Carta può trovare applicazione alle due diverse categorie di legislazioni nazionali sopra individuate, occorre in primo luogo chiarire il contenuto della nozione di «attuazione del diritto dell'Unione», assunto che, se la normativa nazionale sottoposta alla *judicial review* della Corte «non attua» il diritto dell'Unione, essa non potrà mai essere valutata alla luce delle disposizioni della Carta; né nel primo senso prima prospettato (norma nazionale

regressiva non conforme ai diritti sociali fondamentali riconosciuti dalla Carta), né nel secondo (norma nazionale che tutelando diritti di natura sociale di fondamento costituzionale rischia di porsi in contraddizione con altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta).

Al riguardo, la non sempre adamantina giurisprudenza della Corte consente a oggi di enucleare una certezza (i) e una serie di incertezze (ii).

(i) La certezza è che – ai sensi e ai fini dell'art. 51 della Carta – può escludersi che lo Stato membro «attui» il diritto dell'Unione solo allorché esso recepisce una direttiva nell'ordinamento interno. Malgrado, come da alcuni rilevato, il testo inglese della Carta sia sufficientemente preciso nel dichiarare che la Carta si applica agli Stati membri *implementing Union law*, così utilizzando una terminologia che in effetti parrebbe riferirsi esclusivamente all'attuazione di una normativa secondaria dell'Unione, la Corte ha piuttosto recisamente chiarito che la Carta può trovare applicazione anche ad atti di normazione nazionale che, pur non essendo specificamente diretti a dare attuazione a una direttiva, si collocano comunque in quello che è ormai comunemente definito il «cono d'ombra» del diritto dell'Unione.

In questo campo, la pronuncia di riferimento – che ha confermato nell'epoca *post* Carta quanto già in precedenza risultante dalla cosiddetta dottrina Ert (6) sviluppata in materia di (allora) principi generali dell'ordinamento comunitario – è costituita dalla sentenza *Åkerberg Fransson*, emanata dalla Grande Sezione della Corte nel 2013 (7), con la quale la nozione di «attuazione» del diritto dell'Unione è stata estesa sino a ricomprendervi qualsiasi normativa nazionale riconducibile all'«ambito di applicazione» del diritto dell'Unione.

Nell'occasione, la Corte non ha infatti esitato a riconoscere che persino una normativa svedese sulle sanzioni di reati tributari adottata *prima* dell'adesione della Svezia all'Unione poteva considerarsi adottata «in attuazione del diritto dell'Unione» *ex* art. 51, nella misura in cui essa poteva indirettamente interferire con i bilanci dell'Ue. Nella fattispecie, si discuteva della compatibilità della legislazione svedese che prevedeva una doppia sanzione (amministrativa e penale) nel caso di omesso versamento dell'Iva con il principio del *ne bis in idem* sancito dalla Carta. Pur in assenza di una disposizione nazionale qualificabile come attuazione del diritto Ue – dal mo-

(6) C. Giust. 18.6.1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (Ert Ae) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (Dep)*, esplicitamente menzionata nelle Spiegazioni relative all'art. 51 della Carta.

(7) C. Giust. 26.2.2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

mento che non si può «attuare» una normativa dell'Unione prima di esserne membri –, la Corte ha comunque affermato l'applicabilità della Carta riscontrando comunque nella fattispecie un *link* tra il diritto nazionale e il diritto Ue, tale da attrarre il primo nell'«ambito di applicazione» del secondo: poiché le risorse dell'Unione comprendono anche le entrate provenienti dall'Iva, ha dichiarato la Corte, «sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'Iva e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse Iva, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde». Con il che, la strada per una più vasta applicazione della Carta è stata aperta.

(ii) Quanto invece alle incertezze, esse si collocano logicamente a valle della «certezza» prima descritta: una volta escluso che la nozione di attuazione del diritto dell'Unione che dà luogo all'applicazione della Carta possa ridursi ai casi di stretta implementazione di una direttiva, resta infatti da definire in cosa precisamente consista quel *link* tra diritto nazionale e diritto Ue in grado di autorizzare la Corte a valutare la normativa nazionale (anche) alla luce della Carta. Sul punto, gli sviluppi della giurisprudenza della Corte sono piuttosto compositi.

Ciò che nell'ambito delle incertezze è piuttosto certo è che, come da diversi osservatori rilevato (8), la sentenza *Åkerberg Fransson* non può essere interpretata alla stregua di una indiscriminata apertura della Corte rispetto alla possibilità di verificare la conformità rispetto alla Carta di ogni disposizione nazionale avente una indiretta o persino solo fattuale incidenza su materie astrattamente riconducibili alla sfera delle competenze dell'Unione. Tale tesi, infatti – pur avanzata da alcuni (9) e temuta da altri (10) –, non può essere ricavata dalla dottrina *Fransson*, la quale deve considerarsi come una sorta di apertura di principio mai sconfessata anche se chirur-

(8) Tra gli altri: Snell 2015; Fontanelli 2014; Lazzerini 2018.

(9) Ha avuto una notevole eco il «suggerimento» – rimasto peraltro del tutto inascoltato – dell'Avvocato Generale Sharpston nel caso *Zambrano* [C. Giust. 8.3.2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (Onem)*]: «La regola più chiara sarebbe quella che rende la possibile tutela dei diritti fondamentali dell'Unione dipendente non dal fatto che una disposizione del Trattato fosse direttamente applicabile né dal fatto che il diritto derivato sia stato emanato, ma piuttosto dall'esistenza e dalla portata di una competenza materiale dell'Unione [...] purché l'Unione abbia competenza (esclusiva o condivisa) in un particolare settore di diritto, i diritti fondamentali dell'Unione dovrebbero tutelare il cittadino dell'Unione anche se tale competenza non è stata ancora esercitata».

(10) È nota, e non nuova, la preoccupazione con la quale la Corte costituzionale tedesca ha accolto la sentenza *Fransson*, considerandola – a torto – come un indiscriminato *passe-partout* per ogni tipo di ingerenza della Corte di Giustizia su ogni ma-

gicamente circoscritta dagli sviluppi successivi. In diversi casi nei quali l'applicazione della Carta avrebbe potuto correggere normative nazionali eccessivamente regressive, infatti, la Corte ha dichiarato che il *link* non era rinvenibile, con conseguente inapplicabilità della Carta.

4. — *L'interpretazione restrittiva: le normative nazionali regressive e il non-uso della Carta* — Nelle occasioni in cui la Corte ha rifiutato di considerare la Carta come un possibile correttivo di violazioni nazionali di diritti fondamentali dalla stessa Carta riconosciuti, il percorso argomentativo seguito dai giudici di Lussemburgo non è sempre stato lineare, risolvendosi piuttosto in una serie di valutazioni *ad hoc* (11) che a tutt'oggi non offrono ai giudici nazionali univoci criteri di riferimento.

La pronuncia resa nel noto caso *Poclava* (12), relativo alla disciplina del licenziamento, è probabilmente quella più lineare, confermando un assunto di cui si è già in precedenza detto: la inclusione di una materia nell'ambito delle competenze dell'Unione – come avviene per il licenziamento *ex art. 153.2 TfUE* – non è elemento sufficiente ad attivare la Carta, nemmeno nel caso in cui una legislazione nazionale – nel caso, quella spagnola – preveda forme di «contratto unico» a recesso sostanzialmente libero e dunque in aperta contraddizione con il principio di causalità consacrato dall'art. 30 della Carta.

Meno lineari sono invece altre pronunce con le quali la Corte ha egualmente negato l'applicabilità della Carta, ma sulla base di argomentazioni poco convincenti e piuttosto involute.

Nel caso *Torralbo* (13), ad esempio, si trattava di valutare se l'art. 47 della Carta – che attribuisce il diritto a una tutela giudiziale effettiva a «Ogni persona i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati» – potesse avere un qualche rilievo in un procedimento nel quale la Corte era stata chiamata a giudicare una normativa nazionale che, imponendo elevate spese di giustizia al lavoratore che intendesse far dichiarare in giudizio uno stato di insolvenza datoriale, gli rendesse di fatto assai difficile accedere alle prestazioni del Fondo di garanzia disciplinato dalla

teria anche indirettamente riconducibile alle competenze dell'Unione. Vd., sul punto, Snell 2015.

(11) Di giudici nazionali costretti a sviluppare un test «fai da te» per determinare l'applicabilità della Carta parla Fontanelli 2014, 697.

(12) C. Giust. 5.2.2015, C-117/14, *Grima Janet Nisttahuz Poclava c. Jose María Ariza Toledano (Taberna del Marqués)*.

(13) C. Giust. 27.3.2014, C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos c. Korota Sa e Fondo de Garantía Salarial*.

Direttiva n. 2008/94. Sul piano sostanziale, la risposta non pareva invero dubbia: decenni di dottrina dell'*effet utile* (14) hanno infatti chiarito che non si sottraggono all'incidenza del diritto europeo quelle discipline nazionali che, pur intervenendo su materie riservate alla competenza degli Stati, hanno comunque l'effetto di condizionare il godimento di diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione. Una normativa nazionale che abbia l'effetto di restringere di fatto l'accesso alle garanzie riconosciute dalla Direttiva n. 2008/94 dovrebbe dunque coerentemente rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, e quindi giustificare l'applicabilità della Carta. Tuttavia, la Corte non è stata di questo avviso, non riscontrando nella fattispecie in oggetto un *link* sufficiente a connettere normativa nazionale e diritto Ue.

Simile, se non ancor più sorprendente, è la risposta (negativa) sull'applicabilità della Carta fornita dalla Corte nel caso *Hernández* (15), nel quale si trattava di valutare se fosse compatibile con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 20 della Carta una normativa nazionale che differenziava l'accesso di lavoratori licenziati da imprese poi divenute insolventi a talune prestazioni del Fondo di garanzia, a seconda che i rispettivi recessi fossero qualificabili come illegittimi ovvero nulli. Nella fattispecie, la Corte, sulla base di una peculiare lettura della *ratio* teleologica della disposizione nazionale in questione (16), ha escluso che essa potesse considerarsi rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sebbene fosse alquanto evidente che ciò di cui si discuteva era esattamente un'applicazione irragionevolmente differenziata di un diritto discendente dall'ordinamento dell'Ue.

L'attitudine restrittiva ora descritta – che per altri versi trova alcune eccezioni nel campo del principio di parità (17) – sembra peraltro, da ultimo,

(14) Ratti 2017.

(15) C. Giust. 10.7.2014, C-198/13, *Victor Manuel Julian Hernández et al. c. Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante), Puntal Arquitectura Sl et al.*

(16) Secondo la normativa spagnola, parte delle retribuzioni dovute in caso di licenziamento dichiarato invalido – e in particolare quelle successive al 60° giorno dal deposito del ricorso – possono essere richieste dal lavoratore al Fondo di garanzia. La disposizione mira a evitare che vengano addossati al datore di lavoro soccombente i termini eccessivamente lunghi (per l'ordinamento spagnolo...) del processo. Ciò è stato sufficiente per indurre la Corte a dichiarare che la disciplina spagnola in esame persegue un obiettivo diverso rispetto alla Direttiva n. 2008/94, «vale a dire quello di provvedere all'indennizzo, da parte dello Stato spagnolo, dei danni derivanti dalla durata dei procedimenti giudiziari superiori ai 60 giorni lavorativi» (punto 41), rimanendo così estranea al diritto dell'Unione e dunque all'ambito di applicazione della Carta.

(17) Vd., da ultimo, Barbera 2018.

essere oggetto di un qualche ripensamento da parte di alcune recenti pronunce, nelle quali la Corte si è dimostrata maggiormente disponibile a riconoscere la presenza di un *link* di attivazione della Carta, pur in assenza di una norma di diritto Ue *concretamente* applicabile alla fattispecie. In particolare, emerge dalla giurisprudenza in oggetto un «utilizzo» del tutto peculiare dei diritti fondamentali da parte della Corte, la quale si è dimostrata propensa a «servirsi» di essi come espediente per superare i limiti derivanti dalla mancanza dell'effetto diretto orizzontale delle direttive nelle controversie tra privati.

Così è avvenuto nelle recenti cause riunite *Bauer e Broßonn* (18), a conclusione delle quali la Grande Sezione della Corte ha affermato che l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare una normativa nazionale incompatibile con una direttiva può discendere anche, in una controversia tra privati, da una disposizione della Carta «imperativa e incondizionata [che] non richiede una concretizzazione a opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»: nella specie, l'art. 31 sul diritto alle ferie retribuite, interpretato sino al punto da riconoscere un diritto degli eredi alla indennità di ferie non godute di un lavoratore deceduto. Schema ribadito, sempre in relazione all'art. 31 della Carta, nella sentenza *Max-Planck* emessa lo stesso giorno (19); nonché, *mutatis mutandis*, nella recentissima *Cresco Investigation* (20), dettata con riferimento all'art. 21 della Carta sul principio di non discriminazione.

In tutti questi casi, la Corte ha fatto ricorso alla natura fondamentale del diritto sancito dalla Carta non tanto per precisare il contenuto precettivo di una normativa di diritto secondario, quanto piuttosto al fine di estenderne gli effetti. Vale forse la pena notare come con la giurisprudenza in oggetto la Corte sembri in buona sostanza voler invertire i termini dell'art. 51: nelle sentenze appena menzionate essa ha invero fatto ricorso alla Carta per ricondurre la controversia all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione; laddove invece, secondo l'art. 51, l'applicabilità di una normativa dell'Unione dovrebbe essere il presupposto per conferire rilievo alla Carta. Non che il risultato sia disprezzabile, ma la vicenda conferma una volta di più l'ancora incerto statuto giuridico e persino una sorta di curvatura funzionale dei diritti sanciti dalla Carta, il cui ruolo viene piegato sino

(18) C. Giust. 6.11.2018, C-569/16, *Stadt Wuppertal c. Maria Elisabeth Bauer*, e C. Giust. 6.11.2018, C-570/16, *Volker Willmeroth c. Martina Broßonn*.

(19) C. Giust. 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*.

(20) C. Giust. 22.1.2019, C-193/17, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*.

a configurarli non quali fondamenti valoriali del diritto sovranazionale, quanto piuttosto come strumento di riaffermazione dei principi ordinamentali del primato e dell'efficacia diretta.

5. — *L'interpretazione espansiva: le normative nazionali di tutela sociale come «deroga» al diritto dell'Unione. Un abuso della Carta?* — L'orientamento da ultimo evocato diviene ancor più evidente ove si volga l'attenzione a una diversa giurisprudenza sviluppatasi a ridosso di controversie nelle quali le legislazioni nazionali sono state sottoposte alla *judicial review* della Corte non nella loro veste di *attuazione* del diritto dell'Unione, ma tutto al contrario come *deroga* al diritto dell'Unione, assumendo la forma di «restrizioni» all'esercizio delle libertà economiche previste dal Trattato.

Che la giurisdizione della Carta possa essere estesa anche a situazioni simili non è argomento del tutto scontato, assunto che, a rigore, una legislazione nazionale che deroga al diritto dell'Unione non può dirsi che lo «attu», come l'art. 51 invece letteralmente richiede. Tuttavia, come già accennato, nel far ciò la Corte ha deciso di dare continuità a una giurisprudenza già delineatasi in epoca *pre* Carta non curandosi delle obiezioni di coloro che prospettavano invece la necessità di una cesura nella giurisprudenza della Corte, giusta la quale – in ossequio alla formula contenuta nell'art. 51 (secondo la quale la Carta si applica agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione») – le legislazioni nazionali in deroga alle libertà economiche sarebbero dovute sfuggire all'ambito di applicazione della Carta (21).

Se è dunque ormai consolidato che, frapponendo «ostacoli» all'esercizio delle libertà economiche, lo Stato membro «attua» quella parte di diritto dell'Unione costituito dalle disposizioni dei trattati sul mercato interno, la conseguenza è che l'ambito di applicazione della Carta diventa potenzialmente in grado di estendersi a ogni atto di normazione domestica, a prescindere dalla ripartizione di competenze che, pure, costituisce la stessa *raison d'être* dell'art. 51. Come è stato correttamente rilevato, «non esistono atti o disposizioni di diritto nazionale per i quali si potrebbe affermare con assoluta certezza che essi non cadranno mai nel raggio di azione della Carta» (22). Con la dottrina in oggetto, dunque, la Corte si è in buona sostanza assicurata un monopolio di interprete dei diritti fondamentali proprio in quelle circostanze nelle quali a venire in discussione siano le sacre

(21) Tra i primi, Jacobs 2001.

(22) Lazzerini 2018, 197.

regole del mercato interno; il che può essere, ed è stato invero, valutato da una duplice prospettiva.

Da una parte, come incoraggiante propensione della Corte a estendere il raggio di incidenza dei diritti fondamentali sulle normative nazionali di non diretta implementazione del diritto Ue; il che si è riscontrato soprattutto nei casi in cui disposizioni nazionali non direttamente connesse alla implementazione di normative dell'Unione determinassero tuttavia effetti restrittivi sulla libera circolazione delle persone, con conseguente violazione dell'art. 7 della Carta sul diritto alla vita familiare (23).

Dall'altra parte, tuttavia, occorre tenere presente che, come i giuslavoristi ben sanno, la pretesa di valutare alla luce della Costituzione economica dell'Unione anche normative nazionali di rilievo costituzionale non connesse all'attuazione del diritto secondario dell'Ue, o addirittura estranee alla competenza dell'Unione, è in grado di determinare un «conflitto di diritti» la cui soluzione è affidata a operazioni di bilanciamento dagli esiti ormai divenuti piuttosto prevedibili. In questa prospettiva, la tendenza espansiva della giurisprudenza europea è stata dunque rappresentata alla stregua di una poco rassicurante pretesa della Corte di bilanciare i diritti sociali nazionali che «ostacolano» le libertà economiche con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, o meglio con ciò che la Corte sembra da ultimo ritenere essere il diritto «più fondamentale» tra quelli riconosciuti dalla Carta: ovvero l'art. 16 della Carta, relativo alla libertà di impresa, da alcuni condivisibilmente definito la «*rising star*» della giurisprudenza di Lussemburgo (24).

Questo tipo di uso della libertà di impresa come parametro di valutazione delle normative nazionali considerate limitative delle libertà economiche fondamentali è chiaramente visibile nel caso *Iraklis* (25), nel quale come noto la Corte ha letto il Trattato «alla luce» dell'art. 16 della Carta, giungendo per tale via a prospettare una nozione della libertà di stabilimento spinta sino al punto da considerare non giustificata una normativa nazionale sui licenziamenti collettivi che aveva introdotto, come anche la relativa direttiva ammette, disposizioni più favorevoli.

(23) Vd., da ultimo, C. Giust. 5.6.2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman e Robert Clabourn Hamilton c. Inspectoratul General pentru Imigrări*.

(24) Così Giubboni 2018, 183. Sul punto, vd. anche Bartl, Leone 2017 e Laagland 2018.

(25) C. Giust. 21.6.2016, C-201/15A, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (Aget Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfálistis kai Koinonikis Allilengyis*, su cui sia consentito rinviare a Lo Faro 2017.

Una medesima (iper)valutazione dell'art. 16 della Carta come canone tendenzialmente onnipervasivo di valutazione delle normative sociali nazionali era del resto già emersa con la discussa sentenza *Alemo-Herron* (26), con la quale la inarrestabile spinta propulsiva dell'art. 16 della Carta aveva indotto la Corte ad applicare il principio della libertà di impresa – con conseguente accantonamento della normativa nazionale di tutela – anche a situazioni nelle quali il *link* di attivazione della Carta non era a rigore sussistente. Nel caso *Alemo-Herron*, infatti, le disposizioni nazionali soggette al sindacato della Corte erano state adottate dallo Stato membro nell'esercizio della facoltà, a esso attribuita dall'art. 3.2 della Direttiva sul trasferimento di azienda, di dettare norme più favorevoli per i lavoratori di quelle previste dalla direttiva; e dunque in un ambito la cui riconduzione alla nozione di «applicazione» del diritto Ue ai sensi dell'art. 51 non può certo dirsi scontata. Quella facoltà, affermò però nell'occasione la Corte, «non può essere interpretata nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur essendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa» (27).

Al di là del discutibilissimo merito della decisione, gli esiti del caso *Alemo-Herron* confermano una volta di più il già prospettato giudizio di sostanziale «instabilità» della giurisprudenza sui diritti fondamentali sin qui sviluppata dalla Corte, ove solo si consideri che nel successivo caso *Hernández* (28) quello stesso ambito di regolazione di competenza lasciato alla discrezionalità degli Stati membri – che nel caso *Alemo-Herron* non aveva impedito alla Corte di attivare l'art. 16 della Carta – è stato invece considerato dalla Corte come circostanza ostativa all'applicabilità dell'art. 20 della Carta, osservandosi – esattamente all'opposto di quanto sancito *Alemo-Herron* – che una disposizione nazionale di maggior favore, adottata dagli Stati membri sulla base di una espressa previsione di una direttiva, non ricade nella sfera di applicazione della direttiva stessa, con conseguente inapplicabilità della Carta (29).

A parità di condizioni, dunque, se il diritto fondamentale in questione è la libertà di impresa, la Carta si applica (*Alemo-Herron*). Se si tratta del principio di uguaglianza, invece no (*Hernández*). Il che è opinabile nel me-

(26) C. Giust. 18.7.2013, C-426/11, *Mark Alemo-Herron et al. c. Parkwood Leisure Ltd.*

(27) Punto 36 della sentenza *Alemo-Herron*.

(28) Citata a nota 15.

(29) Punto 45 della sentenza *Hernández*.

rito e, soprattutto, inammissibile nel metodo; se non altro sul piano della perdurante mancanza di riferimenti adeguati per le giurisdizioni nazionali.

6. — *L'uso selettivo della Carta* — Alla luce delle oscillazioni appena richiamate, ben si comprendono le ragioni di chi ha osservato come quasi due decenni non siano stati sufficienti alla Corte per dotarsi di un impianto concettuale all'altezza del ruolo sistemico che essa ricopre nel contesto di un processo di implementazione dei diritti sociali fondamentali pressoché integralmente affidato alla sede giudiziale.

In questo contesto, le più recenti determinazioni della Corte – e soprattutto la sensazione di una certa selettività che essa ha dimostrato di praticare sia sul terreno dell'applicabilità della Carta, sia su quello della scelta delle disposizioni da applicare – hanno anzi dato adito a un orientamento dottrinale vieppiù diffuso, all'interno del quale non si è esitato ad accostare ai diritti fondamentali la figura di Giano bifronte (30), sino a evocare persino la categoria dell'«abuso» (31) nell'utilizzo della Carta da parte della Corte.

Tramontata l'epoca delle aspettative, la Carta si prepara dunque all'appuntamento con il suo ventennale bardata da un corredo di opinioni che dalla disillusione rischiano di transitare all'apprensione, se non addirittura alla esplicita diffidenza. Pur senza indulgere ad atteggiamenti pregiudizialmente demolitori, e premesso che in un ordinamento istituzionalmente e politicamente lacerato come quello dell'Ue il mestiere di giudice «costituzionale» non è certo tra i più facili, non è però revocabile in dubbio che, con alcune eccezioni, la Corte abbia dato la sensazione di utilizzare la Carta come strumento di riaffermazione di un modello di integrazione pervicacemente e prioritariamente informato al canone unico della libertà economica nel mercato interno e, da ultimo, della libertà di impresa *tout court*.

Certo gli sviluppi della giurisprudenza che è sin qui dato registrare non consentono di affermare che il discutibile uso selettivo della Carta ora evocato esaurisca lo spettro delle diverse opzioni ermeneutiche cui la Corte ha deciso in questi anni di attenersi. Essi sono però senz'altro idonei a invertere quelle preoccupazioni da qualche tempo emerse nelle analisi della più qualificata dottrina. Già qualche anno fa, infatti, era stato fatto lucidamente notare che, «nelle controversie ove la connessione con il mercato interno è più evidente, la Corte dimostra una attitudine a considerare la Carta applicabile anche (sebbene non solo) come strumento per consolidare le libertà

(30) Bartl, Leone 2015.

(31) Weatherill 2014.

economiche fondamentali. Quando invece la connessione della controversia con il mercato interno è meno evidente, la Corte si dimostra più riluttante a imporre la prevalenza dei diritti fondamentali sulle legislazioni nazionali, anche in quei casi in cui la materia è chiaramente riconducibile all'ambito di applicazione del diritto Ue» (32).

Anche sfidando la lettera dell'art. 51, in definitiva, la Corte non ha sostanzialmente esitato a non applicare la Carta quando avrebbe potuto – ovvero allorché la connessione della normativa nazionale con il diritto Ue era evidente, come nei casi *Torralbo e Hernández* –, e di forzarne invece l'applicazione, sino a sindacare norme nazionali del tutto prive di connessione con il diritto Ue, ogni qual volta a quelle normative si imputava l'effetto di ostacolare le libertà economiche fondamentali. In ciò spingendosi, secondo alcuni, a «invadere» spazi di normazione riservati alla competenza nazionale ovvero a sovrapporre a diritti costituzionalmente garantiti in ambito nazionale la propria rappresentazione di ciò che deve considerarsi fondamentale (33), secondo una dinamica di conflitto tra ordinamenti costituzionali già da altri rilevata nel periodo precedente l'entrata in vigore della Carta (34).

7. — *La Corte rispetta (le disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione del)la Carta?* — Per quanto paradossale possa apparire, dunque, anche il riconoscimento di un catalogo di diritti fondamentali – ovvero quanto di più da vicino possa assomigliare a una fonte di legittimazione politica di una moderna entità politico-istituzionale – rischia oggi di essere percepito alla stregua di una minaccia ai valori di protezione sociale e del lavoro incardinati negli ordinamenti costituzionali nazionali e nell'ordinamento internazionale a opera di strumenti quali la Cedu e la Carta sociale europea.

Fatta la tara del drastico calo di consensi che ormai da anni affligge tutto ciò che è vagamente riconducibile all'Unione europea, sarebbe tuttavia

(32) Spaventa 2016.

(33) In questi termini, e con toni estremamente critici, vd., da ultimo, Leczykiewicz 2019.

(34) Cfr., sul punto, gli scritti di Carabelli (2009 e 2011), nei quali l'Autore suggeriva il ricorso alla teoria dei controlimiti come argine alla incondizionata supremazia del diritto Ue. Dopo anni in cui sembrava essere stata riposta ai margini del dibattito scientifico e istituzionale, la teoria dei controlimiti, da altra dottrina non condivisa (Caruso 2008), è recentemente ritornata, sebbene in forme diverse, sull'agenda del dibattito costituzionalistico interno a ridosso del noto caso *Taricco*, su cui vd. Amalfitano (a cura di) 2018.

errato degradare una tale diffidenza nei confronti della Corte di Lussemburgo a manifestazione di un sovranismo d'accatto, nella misura in cui le ragioni di un siffatto atteggiamento critico, vieppiù crescente in dottrina, risiedono non in un atteggiamento pregiudizialmente ostile alle ragioni dell'integrazione europea, quanto piuttosto nella individuazione di precisi limiti giuridici insiti nella interpretazione che la Corte ha ritenuto di dover dare a quelle che sin dall'inizio erano state indicate come le disposizioni maggiormente rilevanti della Carta in un'ottica ordinamentale multilivello: ovvero le «Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta», e in particolare gli articoli 51-53.

In primo luogo, che la Carta possa essere utilizzata per scrutinare legislazioni nazionali, anche al di là degli obblighi derivanti dall'attuazione delle norme primarie o secondarie dell'Unione, è assunto che può legittimamente essere revocato in dubbio allorquando esso viene utilizzato dalla Corte per svolgere un puntuto sindacato «di costituzionalità» sulle misure nazionali considerate restrittive delle libertà economiche nel mercato interno. Come è stato fatto notare da alcuni osservatori non pregiudizialmente critici nei confronti della Corte, qualificare una deroga ai diritti di libera circolazione come un'attuazione di questi ai sensi dell'art. 51, così attivando la Carta, è affermazione che contrasta con la stessa logica: «nel caso di una restrizione lo Stato membro *non sta applicando* il diritto dell'Unione; tutto al contrario *sta cercando di evitare l'applicazione* delle regole sulla libera circolazione» (35).

Le perplessità maggiori sorgono, tuttavia, su un piano diverso, collocato a valle di quello, ora evidenziato, relativo alla mera applicabilità della Carta *ex art.* 51. È infatti sul piano del merito delle scelte assunte dalla Corte, una volta considerata la Carta applicabile, che si sono appuntate le preoccupazioni maggiori di buona parte della dottrina, la quale ha diffusamente evidenziato – sebbene in relazione a tematiche non sempre connesse ai diritti sociali e del lavoro – che il ricorso ai diritti fondamentali è stato per lo più utilizzato dalla Corte al fine precipuo di riaffermare il primato del diritto dell'Unione *tout court*, sovente in dispregio di quelle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri e di quelle «convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», cui pure la Corte è obbligata ad attenersi giusta le previsioni degli articoli 52.3, 52.4 e 53 della Carta.

(35) Snell 2015.

In questo senso, si può concordare con chi sin dai primi anni di applicazione della Carta aveva paventato come, in maniera forse controintuitiva, la trasformazione dei vecchi «principi generali dell'ordinamento comunitario» costruiti sulle tradizioni costituzionali comuni e sulla giurisprudenza della Cedu, in un catalogo di diritti fondamentali esclusivo dell'Ue, avrebbe rischiato di accrescere i margini di «autonomia» della *judicial review* della Corte sulle legislazioni nazionali (36), senza troppo curarsi di confrontarsi con quelle «altre Carte», di cui pure secondo l'art. 52 essa dovrebbe tener conto nel definire il contenuto dei diritti riconosciuti dalla Carta. In questo senso, non pare invero dubbio che, come è stato efficacemente scritto, la Corte sembri voler applicare la Carta come «un testo senza passato» (37).

Riemergono in altri termini a distanza di qualche tempo i dubbi che già prima di Nizza avevano circondato la scelta dell'Unione di dotarsi di un proprio catalogo di diritti fondamentali, piuttosto che accedere ad altri strumenti e soprattutto altre giurisdizioni maggiormente aduse a confrontarsi con i diritti fondamentali e meno condizionati dalle logiche essenzialmente economiche con le quali la Corte di Giustizia è «geneticamente» abituata a confrontarsi. Non è un mistero che, dietro le opinioni negative della Corte sull'adesione della Comunità e poi dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti e della libertà fondamentali (38), molti abbiano intravisto una volontà della Corte di preservare la propria autonomia e autorità sulle questioni attinenti al diritto europeo, mantenendo un monopolio ermeneutico sulla individuazione del confine oltre il quale i diritti fondamentali possono diventare incompatibili con gli obiettivi di fondo dell'Unione (39). E non pare revocabile in dubbio, al di là delle richiamate vicende «storiche», che anche nella sua opera di interprete della Carta la Corte abbia solo sporadicamente fatto riferimento ad altri strumenti di protezione dei diritti fondamentali, vuoi internazionali vuoi nazionali, che potessero indurla

(36) De Búrca 2013.

(37) Leczykiewicz 2019.

(38) Rispettivamente, C. Giust., pareri n. 2/94 del 28.3.1996 e n. 2/13 del 18.12.2014.

(39) Lo evidenzia de Búrca (2013), che ricostruisce i termini del dibattito che ha preceduto l'adozione della Carta. Il tema è affrontato anche da Syrpis (2016) e Davies *et al.* (2016), i quali non nascondono le critiche alla Corte, tacciata di «splendido isolazionismo» e «solipsismo» quanto alla pretesa di interpretare i diritti fondamentali senza alcun riferimento ad altri sistemi di tutela radicati nell'ordinamento internazionale e negli ordinamenti nazionali.

ad adottare, o meglio riconoscere la possibilità per gli Stati membri di mantenere, standard di protezioni più elevati (40).

Se è comprensibile che la Corte sia guidata dalla ovvia preoccupazione di ridurre il tasso di differenziazione degli ordinamenti nazionali (anche nelle materie non soggette ad armonizzazione) al fine ultimo di garantire uniformità e primato del diritto dell'Unione (41), non può tuttavia dimenticarsi che a tale preoccupazione fanno però (o dovrebbero fare) da contraltare le disposizioni contenute nell'art. 53 della Carta, secondo il quale «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa dei diritti riconosciuti, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». Si tratta di disposizioni che secondo alcuni possono a buon diritto essere intese quali vere e proprie eccezioni al principio della uniformità e supremazia del diritto dell'Unione (42), ma che la Corte non ha tuttavia mai dimostrato di voler seriamente tenere in considerazione, così dando adito alle critiche di chi fa notare come il porre la dialettica tra diritti costituzionalmente tutelati in ambito nazionale e diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta sul piano del mero primato del diritto dell'Ue rischia di innescare indesiderati conflitti tra giurisdizioni (43), riducendo alla lunga la stessa legittimazione dell'Unione (44).

(40) Leczykiewicz 2019.

(41) Dottrina chiaramente prospettata nel discusso caso *Melloni*, nel quale la Corte ha ritenuto che la pretesa di uno Stato membro di applicare lo standard di protezione garantito dalla propria Costituzione è da considerare «lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato» (C. Giust. 26.2.2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, punto 58).

(42) Von Papp 2018, 523.

(43) Di cui la discussa pronuncia n. 269/17 della Consulta costituisce una evidente spia d'allarme. La decisione della Corte costituzionale – che ha suscitato una vasta eco di opinioni in massima parte negative (vd. i contributi raccolti in www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html) – è stata accolta con maggior indulgenza da chi ha evidenziato come il «messaggio» della Consulta debba ritenersi indirizzato, più che ai giudici nazionali di merito, alla stessa Corte di Giustizia: «Tanto la Corte di Giustizia è stata generosa nell'ampliare la sfera di rilevanza dei diritti fondamentali per sindacare il diritto nazionale ricadente “nel cono d'ombra” del diritto dell'Ue, tanto si giustifica il puntiglio della Consulta nel trattenere, per quanto possibile, il giudizio accentrato sulla violazione dei diritti fondamentali presenti in entrambi i cataloghi» (Guazzarotti 2017).

(44) Leczykiewicz 2019. Medesimi dubbi sono sollevati da Snell 2015.

8. — *Si scrive bilanciamento; si legge primato* — Non sarà di certo sfuggita, a chiunque abbia seguito le vicende del diritto del lavoro europeo dell'ultimo decennio la evidente ombra che proietta sui temi in discussione l'ancor vivo dibattito scientifico che a partire dal *Laval quartet* ha diffusamente scandagliato vizi e virtù del bilanciamento nell'ordinamento multi-livello.

Le più recenti evoluzioni sull'uso della Carta, sulle quali questo scritto si è soffermato, evocano però uno scenario che, seppur certamente connesso, non è del tutto sovrapponibile a quello delineatosi a ridosso del celebre quartetto. Nella giurisprudenza *Laval*, la compressione di un diritto costituzionalmente riconosciuto in ambito nazionale viene giustificata attraverso il principio, di ascendenza giurisprudenziale e dottrinale tedesca (45), della proporzionalità, con particolare riferimento all'ultima fase del relativo test, costituita dal bilanciamento dei diritti sociali nazionali con altri diritti di matrice economica cui viene riconosciuto lo *status* di fondamentale. Nella più recente giurisprudenza europea, invece, la vocazione integrazionista della Corte giunge ad affermare che i diritti a fondamento costituzionale interno possono e devono essere accantonati non solo o non tanto perché soccombenti all'esito del bilanciamento con altri diritti assiologicamente pariordinati, quanto piuttosto perché, in ragione della loro inevitabile diversificazione su base nazionale, essi costituiscono un attentato al primato e alla uniformità del diritto dell'Unione.

La strisciante e non sempre apertamente dichiarata trasformazione del bilanciamento da tecnica di contemperamento tra diritti fondamentali a strumento di soluzione dei conflitti tra ordinamenti, che può anche essere indifferente quanto agli esiti conclusivi delle decisioni della Corte, è però tutt'altro che irrilevante sul piano della valutazione dei relativi processi. Essa ha infatti l'effetto di spiazzare le estese discussioni dottrinali che hanno accompagnato il *Laval quartet* e di mettere in secondo piano l'asserita necessità «ontologica» delle operazioni di bilanciamento nei processi di aggiudicazione costituzionale, così come prospettato da quelle posizioni teoriche che configurano i diritti fondamentali come meri principi il cui contenuto precettivo è individuabile solo dopo aver compiuto un'operazione di bilanciamento con altri diritti/principi (46). Bilancia-

(45) D'obbligo il riferimento all'opera di Alexy 1986.

(46) Alexy 2005, ove il celebrato Autore della teoria della proporzionalità come attributo essenziale dei diritti fondamentali risponde alle obiezioni di coloro — Habermas tra tutti — che imputano a tale prospettazione un inaccettabile tasso di soggettiva discrezionalità giudiziale nel definire i contenuti dei diritti fondamentali.

mento tra diritti e conflitto tra ordinamenti si collocano infatti su piani concettualmente assai diversi, e l'armamentario teorico utilizzato per sostenere il primo non può essere *de plano* utilizzato per risolvere il secondo. Lo stesso corollario logico della teoria del bilanciamento – ovvero il rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti, espressamente evocato dall'art. 52 della Carta (47) – stenta comprensibilmente a essere compiutamente concettualizzato nell'ordinamento multilivello, ove rarissime sono state le incursioni della Corte sul delicato terreno della individuazione del nucleo incompressibile dei diritti fondamentali (48). «È stupefacente come la Corte di Giustizia non abbia mai tentato di penetrare scavando all'interno dei diritti sociali fondamentali per estrarne il contenuto intoccabile», ha recentemente scritto Bruno Veneziani (49), così contribuendo a rivelare come, accanto, dietro, o forse oltre il bilanciamento, ciò che si profila nella giurisprudenza della Corte è piuttosto un rapporto di problematica e pressoché irrisolvibile compatibilità tra una inevitabile pluralità di «Costituzioni» nazionali e la unicità/uniformità dell'ordinamento dell'Unione. In questo quadro, la tutela di un incompressibile contenuto essenziale dei diritti fondamentali non può trovare posto, nella misura in cui ciò che invece viene proiettata sui diritti nazionali è una decisione di tipo *on/off*: o il diritto nazionale viene, più che riconosciuto, benignamente tollerato come deviazione consentita rispetto ai principi di uniformità e primato (50); ovvero – come sempre più spesso capita – esso è destinato interamente a soccombere di fronte alle esigenze di un primato del diritto Ue alimentate da una precomprensione assiologica dei valori dell'Unione che nemmeno le modifiche introdotte a Lisbona sono sin qui riuscite a modificare.

(47) Il rapporto tra il metodo del bilanciamento e la nozione di nucleo essenziale dei diritti fondamentali è ampiamente discusso dalla dottrina costituzionalistica e giurisfilosofica, nel cui ambito convivono tesi specularmente opposte: a chi prospetta un rapporto di complementarietà logica (Van der Schyff 2008) si oppone chi, al contrario, postula una reciproca esclusione tra i due termini (vd. il vibrante e godibile saggio di Tsakyrakis 2009).

(48) Come notano von Bogdandy *et al.* 2012.

(49) Veneziani 2016.

(50) Secondo un modello sperimentato – ma poi raramente replicato – dalla Corte nei casi *Omega* (C. Giust. 14.10.2004, C-36/02) e *Schmidberger* (C. Giust. 12.6.2003, C-112/00).

Riferimenti bibliografici

- Alexy R. (1986), *Theorie der Grundrechte*, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012.
- Alexy R. (2005), *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 4, 572 ss.
- Amalfitano C. (a cura di) (2018), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della «saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- Barbera M. (2018), *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 372.
- Bartl M., Leone C. (2015), *Minimum harmonisation after Alemo-Herron: the Janus face of EU fundamental rights review*, in *European Constitutional Law Review*, 140 ss.
- Bartl M., Leone C. (2017), *Minimum Harmonisation and Article 16 of the CFREU: Difficult Times Ahead for Social Legislation?*, in Collins H. (a cura di), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge, 113 ss.
- Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari.
- Carabelli U. (2011), *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 *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 217 ss.
- Caruso B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 61.
- Davies A.C.L. et al. (2016), *The role of the Court of justice in labour law*, in Bogg A. et al. (a cura di), *Research handbook on EU labour law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 114 ss.
- de Búrca G. (2013), *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2, 168 ss.
- de Sousa Santos B. (2000), *Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts*, in de Sousa Santos B., Jenson J. (a cura di), *Globalizing Institutions: Case Studies in Regulation and Innovation*, Ashgate, Aldershot, 253 ss.
- Fontanelli F. (2014), *Implementation of EU Law through Domestic Measures after Fransson: The Court of Justice Buys Time and «Non-Preclusion» Troubles Loom Large*, in *European Law Review*, vol. 39, 782 ss.
- Giubboni S. (2018), *Freedom to conduct a business and EU labour law*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1, 172 ss.
- Guazzarotti A. (2017), *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di QC*, n. 12, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/nota_269_2017_guazzarotti.pdf. ss.
- Jacobs F.G. (2001), *Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 331 ss.

- Laagland F. (2018), *Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction? The Clash between the European Business Freedoms and the National level of Workers' Protection*, in *European Labour Law Journal*, n. 1, 50 ss.
- Lazzerini N. (2018), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano.
- Leczykiewicz D. (2019), *The Charter of Fundamental Rights and the EU's Shallow Constitutionalism*, in Barber N. et al. (a cura di), *The rise and fall of the European constitution*, Hart Publishing, Oxford, 125 ss.
- Lo Faro A. (2017), *Corte di Giustizia, libertà di impresa e discipline nazionali dei licenziamenti: un altro passo verso la limitazione delle tutele del lavoro*, in *RGL*, n. 2, II, 217 ss.
- Lo Faro A. (2018), *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *DLRI*, n. 4, 761 ss.
- Ratti L. (2017), *L'argomento dell'effet utile nell'espansione del diritto del lavoro europeo*, in *DLRI*, 497 ss.
- Snell J. (2015), *Fundamental Rights Review of National Measures: Nothing New under the Charter?*, in *European Public Law*, n. 2, 285 ss.
- Spaventa E. (2016), *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, studio per il Parlamento europeo, in [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2016\)556930](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2016)556930).
- Speziale V. (2018), *Il «declino» della legge, «l'ascesa» del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in www.costituzionalismo.it, n. 1, 181 ss.
- Syrpis P. (2016), *The EU's role in labour law: An overview of the rationales for EU involvement in the field*, in Bogg A. et al. (a cura di), *Research handbook on EU labour law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 21 ss.
- Tsakyrakis S. (2009), *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, 468 ss.
- Van der Schyff G. (2008), *Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective*, in Brems E. (a cura di), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerpen, 131 ss.
- Veneziani B. (2016), *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *DLM*, n. 2, 229 ss.
- von Bogdandy A et al. (2012), *Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, n. 2, 489 ss.
- von Papp K. (2018), *A Federal Question Doctrine for EU Fundamental Rights Law: Making Sense of Articles 51 and 53 of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, n. 4, 511 ss.
- Weatherill S. (2014), *Use and Abuse of the Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of «freedom of contract»*, in *European Review of Contract Law*, 167 ss.
- Ziller J. (2017), *Commento all'art. 51*, in Mastroianni R. et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1042 ss.

ABSTRACT

Il saggio prende le mosse dal rilievo di una non ancora definita dottrina giurisprudenziale dei diritti fondamentali, nel cui ambito si riscontrano due tendenze opposte quanto alla valutazione di compatibilità con la Carta delle normative nazionali che incidono sui diritti fondamentali: a un'attitudine restrittiva sui limiti di applicazione della Carta, che si registra allorquando il diritto nazionale compare sugli schermi della Corte come violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta, si oppone una lettura espansiva dei presupposti di applicazione della Carta, allorquando i diritti nazionali vengano in questione come ostacoli delle libertà economiche fondamentali riconosciute dal Trattato. Nel saggio si sostiene che una siffatta duplicità si spiega ove si accetti l'idea che le decisioni della Corte siano collocabili non solo sul piano del bilanciamento, ma anche su quello del primato.

THE EU CHARTER AND THE COURTS TEN YEARS AFTER

The essay builds on the estimation of a still undefined judicial doctrine of fundamental rights, in which two opposite tendencies can be found as concerns the Court's assessment of national rules affecting fundamental rights. A restrictive attitude on the Charter's applicability is registered when national law appears on the Court's screens as a domestic violation of a fundamental right recognized by the Charter. On the opposite, an expansive reading of the Charter's applicability is affirmed whenever national law is considered as an obstacle to fundamental economic freedoms. It is argued that such a duplicity might be explained by accepting the idea that the Court's decisions are driven not only by the principle of proportionality, but also by the goal of EU law primacy and uniformity.