

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura, Giorgio Ghezzi e Piergiovanni Alleva*

ANNO LXV - 2014 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2014*

DIRETTA DA

Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Fausta Guarriello, Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattoni, Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli

REDAZIONE

Andrea Allamprese (caporedattore), Guido Canestri, Carlo de Marchis, Madia D'Onghia, Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Lauralba Bellardi, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli, Stefano Giubboni, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti, Luigi La Peccerella, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Mario Napoli, Roberta Nunin, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile

I SAGGI CHE COMPONGONO LA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI. QUESTI ULTIMI SONO COMPOSTI DAI COMPONENTI DEL COMITATO SCIENTIFICO E DEL COMITATO DIRETTIVO E NON SOLO DA ESSI.

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).

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.

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 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

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 Roma

Tel. 06 44870323 - Fax 06 44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.it

Ufficio abbonamenti

Tel. 06 44870283 - Fax 06 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

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.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente

postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l. - Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Finito di stampare nel mese di luglio 2014

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

Sicurezza sociale: analisi e prospettive

Antonino Sgroi

La tutela dei diritti previdenziali e assistenziali nella crisi 221

Amos Andreoni

Le pensioni nel passo del gambero 237

The continuous public pension reforms

Olivia Bonardi

La nuova *governance* sociale europea 257

European austerity strategy and welfare policy

Michele Faioli

Deprivazione materiale, assistenza sociale e diritti sulle cose 279

Social assistance in Italy and the European financial sustainability regime

Domenico Garofalo

Il finanziamento delle misure di sostegno al reddito
dopo la riforma Fornero 305

The new public reform of the labour incomes protection

Paola Bozzao

Reddito di base e cittadinanza attiva nei nuovi scenari del *welfare* 325

Basic income and active citizenship in the new welfare scenarios

<i>Giuseppe Bronzini</i>	
Che fine ha fatto il reddito minimo garantito?	335
<i>What has become of the guaranteed minimum income?</i>	

SAGGI

<i>Valerio Speziale</i>	
La riforma del licenziamento individuale tra <i>law and economics</i>	
e giurisprudenza (Parte I)	345
<i>The individual dismissals reform: a critical approach</i>	

NOTE E COMMENTI

<i>Rita Cavaterra</i>	
Pensioni: i diritti negati	389

OSSERVATORIO «LAVORO PUBBLICO»

A cura di Lorenzo Zoppoli

<i>Umberto Gargiulo</i>	
Principio di legalità ed efficienza organizzativa:	
una «lente bifocale» per la lettura delle più recenti riforme	
del lavoro pubblico	407

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

<i>Marzia Barbera, Venera Protopapa</i>	
Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria	
riformula il conflitto sindacale	163

IL CASO 2

<i>Bruno Caruso, Veronica Papa</i>	
I percorsi «accidentati» della Carta dei diritti fondamentali	
dell'Ue... eppur la talpa scava	185

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre gennaio-marzo 2014

Rapporto di lavoro

213

A cura di Massimo Pallini

OSSERVATORIO «LEGGE FORNERO»

229

A cura di Marco Barbieri e Azzurra de Salvia

RAPPORTO DI LAVORO E DIRITTO SINDACALE

*Roberta Nunin*Impiego pubblico, violazione delle regole
sul lavoro a termine e adeguatezza delle sanzioni:

spunti recenti dalla Corte di Giustizia

*(Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-361/12**Corte di Giustizia Ue, 12 dicembre 2013, causa C-50/13**Cassazione, 2 dicembre 2013, n. 26951, Sez. lav.)*

241

*Barbara Caponetti*Note in tema di decorrenza degli interessi legali
e della rivalutazione monetaria sull'indennità*ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010**(Cassazione, 11 febbraio 2014, n. 3027, Sez. lav.)*

255

*Filippo Aiello*Licenziamento intimato da un'impresa del gruppo
e reintegra forte*(Cassazione, 16 gennaio 2014, n. 798, Sez. lav.)*

260

*Bruno Catania*La cessione di ramo d'azienda con lavoratori in Cigs
non costituisce frode alla legge*(Cassazione, 5 dicembre 2013, n. 27277, Sez. lav.)*

267

*Roberta D'Amore*La registrazione occulta delle conversazioni dei colleghi
costituisce giusta causa di licenziamento*(Cassazione, 21 novembre 2013, n. 26143, Sez. lav.)*

273

Elvira Sessa

Il trasferimento del disabile per incompatibilità ambientale
(*Cassazione, 5 novembre 2013, n. 24775, Sez. lav.*) 278

Susanna Ferrario

Licenziamento collettivo, procedimentalizzazione dei poteri
datoriali e ambito di applicazione dei criteri di scelta
dei lavoratori
(*Cassazione, 11 novembre 2013, n. 25310, Sez. lav.*) 284

Azzurra de Salvia

Diritti quesiti ed efficacia nel tempo del contratto collettivo
aziendale: un apparente ripensamento della Corte di Cassazione
(*Cassazione, 28 ottobre 2013, n. 24268, Sez. lav.*) 298

Alberto Lepore

Corte di Giustizia, Corti di legittimità e Corti di merito
sull'applicazione della cd. «indennità omnicomprensiva»
alla somministrazione di lavoro
(*Corte d'Appello Roma, 6 giugno 2013*) 304

Silvia Magnifico

Partecipazione negoziale e maggiore rappresentatività:
un binomio discutibile
(*Tribunale Brescia, 4 febbraio 2014, Sez. lav.*) 315

Milena Talarico

L'illegittimità del rapporto a progetto e l'inefficacia
del recesso *ante tempus*
(*Tribunale Roma, 21 gennaio 2014, Sez. lav.*) 328

Maria Antonietta Carbone

Contratto di collaborazione a progetto nel settore
del *call center outbound*: un nuovo tipo contrattuale?
(*Tribunale Latina, 17 dicembre 2013, Sez. lav.*) 332

Ester Villa

Incertezze interpretative in tema di decadenza
per l'impugnazione del contratto a termine
(*Tribunale Cosenza, 13 dicembre 2013, Sez. lav.*) 338

<i>Marianna Russo</i> Licenziamento per raggiunti requisiti pensionistici: dal recesso <i>ad nutum</i> alla discriminazione per età (<i>Tribunale Roma, 5 novembre 2013</i> <i>Tribunale Genova, 4 ottobre 2012</i>)	343
<i>Giampiero Golisano</i> (<i>Tribunale Arezzo, 3 ottobre 2013, Sez. lav.</i>)	356
<i>Luisa Monterossi</i> Facoltatività del cd. rito Fornero e cambio appalto nel settore dei servizi aeroportuali (<i>Tribunale Napoli, 25 settembre 2013, Sez. lav.</i>)	358
SICUREZZA SOCIALE	
<i>Silvia Borelli</i> Corte Edu <i>versus</i> Troika. Cronaca di una sconfitta annunciata, oppure no? (<i>Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2013, ricorsi n. 62235/12</i> <i>e n. 57725/12</i>)	363

PARTE I
DOTTRINA

Antonino Sgroi (*)

LA TUTELA DEI DIRITTI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI NELLA CRISI

Il consolidamento delle riforme legislative in tema, da un verso, di trattamento pensionistico e, dall'altro, di disoccupazione ha portato, fra l'altro e da ultimo, all'adeguamento dei requisiti minimi per l'accesso alle variazioni della speranza di vita (legge n. 112/2010), all'applicazione dal 2013 e per un triennio dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo rideterminati sulla base del procedimento *ex lege* n. 335/95 (decreto del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 15 maggio 2012, n. 60801), all'elevazione dei requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici (legge n. 214/2011) e infine all'istituzione di un nuovo strumento per la tutela della disoccupazione. Inoltre non vanno ignorati il profilo assistenziale e l'avvio della sperimentazione di una nuova Carta acquisti, che affianca la precedente e che potrebbe sostituirla (decreti del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali rispettivamente del 10 gennaio 2013, n. 68114, e del 24 dicembre 2013, n. 73306, e, ad esso strettamente connesso, il d.P.c.m. del 3 dicembre 2013 di ridefinizione delle modalità di determinazione e dei campi di applicazione dell'indicatore della situazione economica equivalente).

Siffatte misure rendono necessario tentare, da un verso, una ricostruzione il più possibile compiuta, ancorché nei limiti degli scritti destinati a una rivista, dello stato dell'arte, e, dall'altro, gettando un ponte verso il futuro, di prefigurare quali potrebbero essere le future strade per garantire nel medio e lungo periodo la tenuta dell'ordinamento previdenziale o ancor di più per migliorarlo. A questo fine vanno valutati innanzitutto i vincoli di sistema esogeni (1) ed endogeni, cioè i vincoli di tipo economi-

(*) Avvocato – Avvocatura centrale Inps.

(1) Sulla dimensione europea della tutela dei diritti sociali si vd., fra l'altro, D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, relazione tenuta al Convegno annuale dell'associazione «Gruppo di Pisa» su «I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza», Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, versione provvisoria aggiornata al 6 giugno 2012.

co o quelli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea o quelli connessi a norme inderogabili, come la parità di bilancio introdotta nella nostra Costituzione. Una volta individuati tali vincoli bisogna verificare se essi sono effettivamente tali o in quanto frutto di letture *timide* proprie degli operatori del diritto e, infine, analizzare l'attuale diritto previdenziale al fine di saggiarne il tasso di resistenza logico-giuridica ed economica per prospettare eventuali modifiche che hanno sempre, per chi ha partecipato alla stesura di questo numero della *Rivista*, il fine non di ridurre le garanzie ma di consolidarle e ampliarle.

All'interno di questo quadro di riferimento si collocano i contributi degli Autori che investigano i vari aspetti del nuovo sistema previdenziale, proponendo, ove è parso opportuno, nuovi percorsi di ricostruzione del materiale legislativo esistente e soluzioni legislative che prefigurino un modello di Stato sociale rispettoso dei diritti di tutti i membri del consorzio nazionale, nella misura in cui questi ultimi, per motivi transeunti o strutturali, hanno necessità di accedere a prestazioni che garantiscano loro l'esercizio dei diritti di cittadinanza e una vita dignitosa secondo gli standard storicamente esistenti nella comunità nazionale, o forse meglio europea, di riferimento (2).

Il filo di Arianna del ragionamento pertanto prende le mosse dai vincoli economici fissati dalla legislazione europea e dalla norma imperativa sul pareggio di bilancio (art. 81 della Carta costituzionale) dal corrente esercizio finanziario (Michele Faioli) (3), prosegue con l'esame della giurisprudenza comunitaria in tema di vincoli finanziari e tutela dei diritti sociali in Europa (Olivia Bonardi), per poi passare alla legislazione previdenziale e assistenziale con gli scritti di Amos Andreoni sulle pensioni, di Domenico Garofalo sulla tutela dei lavoratori espulsi dal mercato del lavoro, di Michele Faioli sulle garanzie assistenziali, per

(2) Il tema della previdenza, per una fortunata coincidenza temporale, è stato investigato in questo stesso anno anche da *La Rivista delle politiche sociali – Italian journal of social policy*, con i numeri 1-2 e 3-4 del 2013, ove la parte monografica è stata dedicata nel primo alla «Riforma delle pensioni e del mercato del lavoro» e nel secondo a «Europa e welfare».

(3) Sui vincoli finanziari posti dal sistema europeo si vd. anche M. Minenna, *La moneta incompiuta*, Roma, 2013. L'Autore evidenzia come la politica fiscale degli Stati membri della Unione europea sia ancorata «a un percorso di feroce *austerity* permanente» e che la ratifica da parte di Stati fortemente indebitati, come l'Italia, del Patto di stabilità e crescita, cd. *Fiscal Compact*, «abbia sostanzialmente “congelato” la politica fiscale del nostro paese [l'Italia] per un periodo facilmente stimabile come non inferiore ai 20-30 anni» (M. Minenna, *Le condizionalità imposte dal Fiscal Compact e gli impatti sul sistema previdenziale italiano*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, in specie p. 36).

concludersi con il confronto di opinioni, relative al reddito di cittadinanza, di inserimento o di ultima istanza, tra Paola Bozzao e Giuseppe Bronzini. Infine la sezione «Note e dibattiti» è riservata alla voce di chi in trincea si trova a difendere i diritti sociali di chi non ha mai potuto lavorare, ha smesso di farlo per limiti di età o pur continuando assiste a una lenta erosione dei diritti (Rita Cavaterra).

Come punto di partenza di siffatto percorso si pone questo contributo che, per quanto possibile, tenterà di fornire un quadro della complessità della materia previdenziale e degli effetti di medio e lungo periodo che qualsivoglia scelta o non scelta già fatta o che sarà fatta nel breve periodo comporta. A tal fine, utile punto di partenza può essere la rappresentazione delle tendenze di medio e lungo periodo del sistema pensionistico data dalla Relazione della Ragioneria generale dello Stato, tenendo conto fra l'altro delle novità legislative nel settore previdenziale intervenute sino al mese di settembre del 2013.

1. — *Il versante economico* — La Relazione evidenzia, per quanto attiene alle novità legislative, che vi è stato:

a) l'incremento dei requisiti di accesso al pensionamento fissati dal decreto legge n. 201/11, convertito con modificazioni dalla legge n. 214/11, con l'adeguamento su base triennale (e dal 2021 biennale) dei coefficienti di trasformazione e, con la medesima scansione temporale, dei requisiti di accesso al pensionamento in funzione della speranza di vita;

b) l'ampliamento della platea dei lavoratori esodati tutelati successivamente alla riforma pensionistica del 2011 (decreto legge n. 102/13, convertito con modificazioni dalla legge n. 124/13);

c) il rifinanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga.

Accanto a tale quadro, la Relazione pone attenzione allo scenario demografico e, sulla scorta della previsione Istat relativa alla popolazione con base 2011, evidenzia che:

a) la speranza di vita al 2060 sarà per gli uomini di 86,2 anni e per le donne di 91,1 anni;

b) il tasso di fecondità passa dall'1,4 del 2010 all'1,6 del 2060;

c) il flusso migratorio netto raggiungerà nel decennio 2010-2020 un livello di unità medie annue di 280.000 unità, che scenderà a 200.000 unità all'approssimarsi del 2050, per poi ulteriormente scendere nel decennio 2050-2060 a 180.000 (4).

(4) È opportuno sottolineare che gli scenari di lungo periodo delineati sono tanto più certi quanto più rimangono immutate le condizioni note sulle quali sono

Nel passare poi al quadro macroeconomico, la Relazione pone in luce con riguardo:

a) al tasso di crescita della produttività, che lo stesso si attesta su un valore medio annuo di circa l'1,4% a partire dal 2018, con un andamento crescente che raggiunge un livello medio annuo di poco superiore all'1,6% nel periodo 2041-2050, per poi scendere all'1,5% nel decennio successivo;

b) al tasso di disoccupazione rapportato al medesimo periodo di riferimento utilizzato per la produttività, che lo stesso passa dal 12,4% raggiunto nel 2014 (5) per attestarsi, nel decennio conclusivo, 2050-2060, al 5,5% (6);

c) al tasso di attività per la fascia di età 15-64 anni, che raggiungerà il 70,4% nel 2060, con un incremento di circa 6,7 punti percentuali rispetto al livello del 2012 (7); tasso di attività che per il sottoinsieme 20-69 anni raggiungerà il 74,4% nel 2060, con un incremento, rispetto al 2012, di 11,1 percentuali;

d) al tasso di occupazione, che passa dal 56,8% del 2018 al 66% del 2060 (8).

stati elaborati; pertanto per potere dire che la prognosi corrisponde al vero richiede l'attesa delle date individuate perché solo in quel momento il probabile/possibile diverrà certezza.

(5) Si osservi che anche il tasso di disoccupazione del corrente anno 2014 è affidato a un giudizio prognostico, non essendo ancora concluso l'anno.

(6) Tale giudizio prognostico però non dice quali saranno i tassi di disoccupazione che, tempo per tempo, ci saranno, ovverosia non dice se la decrescita del tasso di disoccupazione avverrà gradualmente o per salti; pronosticare l'una o l'altra soluzione ovviamente non è indifferente per chi deve vivere la realtà della disoccupazione e per chi è preposto a individuare le risorse pubbliche da devolvere all'attività di tutela dei disoccupati e in quali momenti.

(7) Anche per questa rappresentazione vale quanto detto alla nota 5, e quali siano le modalità di crescita, sempre che l'ipotesi si avveri, non è dato sapere e pertanto l'innalzamento del tasso di attività potrebbe avvenire gradatamente o repentinamente.

(8) Sulla scorta di tali dati, che indicano un tasso di inoccupazione e disoccupazione strutturale elevato, ci si dovrà confrontare pertanto nei prossimi decenni al fine di individuare strumenti di tutela dei cittadini che si trovano in una simile situazione al fine di garantire loro un'esistenza dignitosa, per l'esercizio anche dei loro diritti di cittadinanza. Senza dimenticare che tale dato statistico non dice qual è la qualità del rapporto di lavoro instaurato ovverosia se si è davanti a contratti a tempo indeterminato e pieno o a tempo determinato e/o parziale [su questo tema, L. Gallino evidenziava che la finanziarizzazione dell'impresa orientata al raggiungimento di un *Return on equity* (cd. Roe) minimo del 15%, per quanto attiene al fattore lavoro è stata raggiunta, fra l'altro: a) non assumendo dipendenti con contratti stabili, bensì con

Sulla scorta di tale scenario, demografico e macroeconomico, il prodotto interno lordo (Pil) reale si attesta all'1,5% medio annuo, nel lungo periodo, in crescita nel primo decennio, in decrescita nel secondo ventennio e in «leggera ripresa» (così nella Relazione) nell'ultima parte del periodo esaminato (9).

Su questi tre pilastri si innesta l'evoluzione del rapporto fra spesa pensionistica e Pil. Secondo la Relazione Istat tale evoluzione comporta che, dopo la crescita nel triennio 2008-2010 da imputare esclusivamente alla fase acuta della recessione economica (10), tale rapporto risente negativamente dell'ulteriore fase di recessione economica verificatasi sino al 2013, ma tale negatività trova e troverà una sua parziale compensazione nel successivo biennio 2014-2015 per effetto del contenimento della spesa previdenziale conseguente all'elevamento dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico.

Secondo questa previsione, ancora, a partire dal biennio 2015-2016, in presenza della prevista crescita economica più favorevole, il rapporto fra spesa pensionistica e Pil decrescerà significativamente per almeno i successivi quindici anni, ovverosia sino al 2030, attestandosi al 14,9% alla fine del lasso temporale considerato (11).

contratti a termine, e preferendo assegnare a ditte esterne il maggior volume possibile di produzione, mediante contratti che si possano modificare o rescindere nel breve periodo, con la conseguenza che in Italia nei primi mesi del 2008 oltre il 70% delle nuove assunzioni è avvenuto con l'utilizzo del contratto a termine; b) chiudendo le unità produttive ovunque localizzate nel mondo, il cui rendimento, ancorché elevato, risulti inferiore a unità analoghe di società concorrenti (L. Gallino, *Con i soldi degli altri*, Einaudi, 2009, pp. 116-118)]. Si ricordi infine che nel 1930 Maynard Keynes (come rammenta D. De Masi, *Un futuro di disoccupazione o di liberazione dal lavoro*, in *www.nuovi-lavori.it*) asseriva che, se in un determinato paese il tasso di disoccupazione avesse superato il 2%, l'economia di quel paese sarebbe andata allo sbando.

(9) La crescita del Pil così pronosticata si radica su quel che è definito nella Relazione «lo scenario “nazionale base”», ma se si utilizza «lo scenario “Epc-Wga baseline”», concordato a livello europeo» il tasso di crescita, come riconosce la stessa fonte, è di poco inferiore, con uno scarto medio annuo di circa un decimo di punto percentuale, essenzialmente dovuto alla minore dinamica occupazionale, ovverosia a un tasso di occupazione più basso rispetto a quello stimato, una volta utilizzato il cd. scenario nazionale base.

(10) Se ben si intende il senso di questa asserzione, pertanto, nel periodo 2008-2010 non vi è stato alcun aumento reale delle spese per la previdenza sociale e il peso maggiore di questa voce è da collegarsi a fattori esogeni, quali la recessione.

(11) La prospettata riduzione della spesa pensionistica rispetto al Pil è il frutto sia dell'innalzamento dei requisiti minimi di accesso al pensionamento, sia dell'introduzione del sistema di calcolo contributivo. Sempre secondo la Relazione, il progressivo innalzamento dell'età pensionabile e l'utilizzo di questo sistema di calcolo

Dopo il 2030 si apre una fase di crescita che conduce al picco di circa il 15,6% nel triennio 2044-2046, per poi aversi una repentina discesa al 15,2% nel 2050 e un'ulteriore discesa al 13,9% nel 2060, con una regressione della spesa pressoché costante nell'intero periodo considerato (12).

concorrono a migliorare l'adeguatezza delle prestazioni nel medio-lungo periodo, dimostrandosi che, per i lavoratori dipendenti, la riduzione del reddito pensionistico disponibile, garantito dalla previdenza obbligatoria, generalmente non sussiste e quando ciò accade, la deviazione risulta abbastanza contenuta. La fondatezza di tale affermazione dovrebbe essere vagliata alla luce del parametro di riferimento utilizzato per giungere a tale conclusione. Si vuol dire che il peso e la fondatezza della stessa potrebbero essere altri e diversi a seconda che il lavoratore dipendente di riferimento sia un lavoratore a tempo pieno e indefinito oppure un dipendente a tempo definito e pieno oppure a tempo indefinito ma parziale oppure a tempo definito a parziale. Oltre a tale quadripartizione, in specie con le ultime tre modalità di lavoro dipendente, si deve ulteriormente considerare la variabile dei periodi di intervallo fra un lavoro e l'altro e su quale debba essere, con riguardo al profilo del rapporto previdenziale, la valorizzazione o meno degli stessi. Si dovrebbe pertanto, e senza tenere conto, allo stato, degli intervalli di tempo non lavorato, empiricamente e matematicamente verificare come le nuove regole modulano il trattamento pensionistico di ciascuna delle quattro figure tipo di lavoro dipendente, e solo dopo tale test di resistenza si potrà fondatamente concludere, come conclude la Ragioneria generale dello Stato, che tutto è mutato per non cambiare nulla. Il risultato muta, come dimostrato nel predetto studio, con riguardo ai lavoratori autonomi, tra i quali è opportuno ricordare sin da ora che si annoverano le categorie dei collaboratori continuativi a progetto e dei soci di cooperativa che non abbiano instaurato un rapporto di lavoro subordinato (ovverosia, a quel che consta, la stragrande maggioranza) e dei soci d'opera, nonché i coadiutori familiari dell'imprenditore che, secondo il tipo di attività esercitata da quest'ultimo, saranno iscritti o alla gestione commercianti, o alla gestione artigiani o alla gestione dei lavoratori autonomi dell'agricoltura. Per costoro la riduzione del trattamento pensionistico permane nella generalità dei casi, in relazione alla più bassa aliquota contributiva, seppure in misura assai più contenuta rispetto alla situazione antecedente gli interventi di riforma degli ultimi due anni (così si legge testualmente alla p. 6 della Nota di aggiornamento al Rapporto n. 14).

(12) Le rappresentate variazioni, nel periodo di riferimento della spesa pensionistica, sono connesse, sempre secondo la Relazione: a) nel primo periodo di riduzione, all'aumento dei requisiti minimi di accesso al pensionamento e all'applicazione, *pro rata*, del sistema di calcolo contributivo; b) nel secondo periodo di aumento, all'incremento del rapporto fra numero di pensioni e numero di occupati indotto dalla transizione demografica, solo in parte compensato dall'innalzamento dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico; c) nel terzo periodo di flessione, al pari del primo e più ravvicinato periodo, all'applicazione generalizzata del calcolo contributivo che si accompagna alla stabilizzazione, e successiva inversione di tendenza, del rapporto di pensioni e numero di occupati, da relazionarsi alla progressiva eliminazione (la parola asettica utilizzata nella relazione riporta alla memoria il commercio delle anime morte dell'eroe gogoliano, che, per non urtare la suscettibilità dell'interlocutore, chiamava le anime morte da acquistare inesistenti e, in realtà, indica la morte delle coorti di lavo-

Se questa è l'evoluzione della spesa, quanto meno nel periodo più ravvicinato, ovvero dal 2015 al 2030, appare legittimo ipotizzare che si liberino delle risorse economiche, dapprima utilizzate per le pensioni, da destinare ad altri fini sempre interni al sistema previdenziale, quali l'erogazione di prestazioni connesse all'inoccupazione o alla disoccupazione. Tali risorse, sommate alla riallocazione di quelle utilizzate sempre per le spese previdenziali (intese in senso il più possibile ampio per comprendervi, ad esempio, anche quelle connesse all'invalidità civile), potrebbero prefigurare uno scenario non solo di garanzia di prestazioni ai soggetti deboli della società che non siano per lo più erogazioni di denaro ma di servizi (veri ed effettivi e non pletorici e sulla carta), quali gli asili nido o le attività di assistenza agli anziani (abbandonando la logica tutta mediterranea che vuole, senza spese di sorta alcuna da parte della collettività, affidare in via esclusiva la cura degli anziani e dei minori alle donne) (13), con un effetto volano anche sull'occupazione femminile o in generale sull'occupazione.

La menzione da ultimo fatta alle prestazioni non connesse a un rapporto di lavoro consente di verificare quale sarà, sempre secondo la Relazione della Ragioneria generale dello Stato, la tendenza evolutiva della spesa.

La spesa per indennità di accompagnamento e di comunicazione (14) e quella per «altre prestazioni» (15) destinate agli anziani e ai dis-

ratori delle quali si parla) delle generazioni del *baby boom* e all'adeguamento automatico dei requisiti minimi di pensionamento in funzione della speranza di vita.

(13) Sull'occupazione femminile si vd., fra l'altro, Gösta Esping-Andersen, *La rivoluzione incompiuta*, il Mulino, Bologna, 2011.

(14) Constata la Relazione che le indennità di accompagnamento erogate agli invalidi civili, a copertura della quasi totalità della spesa complessiva, sono fortemente correlate con l'età. Infatti, l'incidenza dei beneficiari sulla popolazione residente di pari età e sesso, nelle fasce di età fino ai 65 anni, rimane sostanzialmente stabile, per poi salire rapidamente nelle fasce di età successive. Oltre i 90 anni, l'incidenza risulta pari a circa il 34% per i maschi e a circa il 52% per le femmine.

(15) Espressione quest'ultima che, secondo il contenuto assegnato alla stessa dalla Ragioneria dello Stato, indica interventi socio-assistenziali erogati a livello locale dai Comuni singoli o associati, includendovi un insieme eterogeneo di misure, largamente in natura erogate ai disabili e agli anziani non autosufficienti. Per il 2012 la spesa pubblica è stimata in 0,17% punti percentuali di Pil, di cui il 63% è riferibile a prestazioni di natura non residenziale, il 24% a quelle di natura residenziale e il rimanente 13% a trasferimenti in denaro. Ma si osservi che in tale categoria, sempre secondo quanto si legge nel Rapporto n. 14 della Ragioneria dello Stato, rientrano sia i contributi economici erogati direttamente ai cittadini, sia quelli diretti ad altri soggetti che forniscono servizi con agevolazioni sui *tickets*, sulle tariffe

bili non autosufficienti (Ltc, cioè *Long term care*) sono comprese nella spesa sanitaria pubblica (16) e risultano pari a circa 1,8 punti percentuali del prodotto interno lordo nel 2013.

La previsione di spesa per Ltc in rapporto al Pil presenta una sostanziale stabilità nel periodo 2013-2017 (17) dovuta essenzialmente al meccanismo di indicizzazione vigente per le indennità di accompagnamento. Dal 2018 al 2050, con un'accentuazione nel periodo 2030-2050, si assisterà a una crescita progressiva del rapporto fra spesa per Ltc e Pil, che trova la sua giustificazione sia nell'indicizzazione alla dinamica nominale del Pil *pro capite* sia nell'accentuazione del processo di invecchiamento.

A ogni buon conto dal 2012 al 2060 il rapporto predetto passa dall'1,8% del 2012 al 2,8% del 2060 (18).

o sulle rette a particolari categorie di utenti; vi rientra altresì l'integrazione (o il pagamento per intero) delle rette per prestazioni residenziali o semiresidenziali in strutture di cui il Comune non sia titolare.

(16) L'Italia, come ricorda E. Gramaglia (*I vincoli delle risorse, l'Italia e il welfare state che abbiamo conosciuto*, in *www.nelmerito.com*), destina alla spesa per l'esclusione sociale uno dei valori più bassi in ambito Ue; siamo gli unici, insieme a Grecia e Ungheria, a mancare di una rete universale di reddito minimo di ultima istanza; similmente, rispetto alla sanità, il Ssn, a partire dalla metà degli anni novanta, offre uno degli schemi di tutela più parsimoniosi. Nel 2012, secondo l'Ocse, la spesa *pro capite* del Ssn era pari a 2.418 dollari a parità di potere d'acquisto contro un valore di 3.316 per la Germania e di 3.135 per la Francia; e a ciò si connettono le ulteriori constatazioni che nel periodo 2000-2009 l'Italia ha registrato il più basso tasso di crescita della spesa sanitaria complessiva e che dal 2010 la spesa ha cominciato a scendere in termini nominali, da 112,5 miliardi nel 2010 a 111,6 nel 2011, a 110,8 nel 2012 e a 111,1 nel 2013.

(17) L'asserita stabilità della spesa per Ltc nel breve periodo si radica su uno scenario di riferimento che, sempre secondo le spiegazioni della Ragioneria dello Stato, prevede l'applicazione «parziale» (50% della variazione della speranza di vita) della metodologia del *dynamic equilibrium*, nonché l'aggancio del Cps alla produttività per le prestazioni in natura, e al Pil *pro capite* per le prestazioni monetarie.

(18) Lo scenario di lungo periodo prefigurato, ovvero sia l'aumento della spesa per Ltc dal 2018 al 2060, ovviamente si fonda sulle regole che, allo stato, disciplinano l'accesso alle prestazioni, siano esse economiche o di servizi. È da chiedersi però se non si possano prefigurare modificazioni legislative che riconoscano l'accesso ai benefici economici (cd. *cash benefits*) al reddito del richiedente (l'esempio tipico è costituito dall'indennità di accompagnamento) e regolino l'accesso ai servizi pubblici, garantendone la gratuità solo ai soggetti che non abbiano un reddito o non superino una determinata soglia reddituale. Ovviamente le soluzioni qui sommariamente delineate hanno quale presupposto necessario un sistema fiscale funzionante ove il tasso di evasione o di infedeltà dei contribuenti sia medio-basso, perché solo così si potrà essere certi che l'accesso alla prestazione in danaro o in servizi sia garantito solo a chi ne ha bisogno. E altro *punctum dolens* è rappresentato dalla perimetrazione del reddito di riferimento.

Da ultimo, la sommatoria della spesa pubblica complessiva per pensioni, sanità e Ltc in rapporto al Pil registra un incremento nel biennio 2012-2014, con il raggiungimento del valore del 24,5%, a causa del deterioramento del quadro macroeconomico. Dal 2015 e sino al 2029 tale valore diminuisce gradatamente, per poi crescere nuovamente dal 2030 al 2046, raggiungendo il 24,8%, e infine decrescere nell'ultimo periodo di riferimento, ovvero sino al 2060, sino al 23,6%.

La constatazione economica rilevante, anche per la spesa per Ltc al pari di quella per le pensioni, è che nel breve periodo, ovvero sino al 2017, essa non subirà, a diritto costante, alcun aumento restando immutata.

La conclusione conseguente alla lettura economica dei dati forniti dalla Ragioneria dello Stato rapportati al breve periodo – quello più utile per verificare quali sono i costi economici del sistema previdenza e fermo restando il quadro legislativo di riferimento – è, per quanto attiene sia alla spesa pensionistica che a quella sanitaria, ove è compreso il Ltc, che la stessa decrescerà dal 2014 al 2030.

Orbene se questa è la conclusione, pare si possa legittimamente inferire che saranno a disposizione risorse economiche, sinora utilizzate per fornire le prestazioni pensionistiche e sanitarie, da destinare per rafforzare le politiche sociali dell'ordinamento (19).

Il delineato quadro economico può ora essere collegato con l'attuale assetto normativo in materia previdenziale al fine di individuare quali siano i problemi più rilevanti che richiedono interventi di manutenzione legislativa e verificare se le misure approvate sinora siano in grado di risolverli e disciplinarli.

Tale prospettata ricostruzione non potrà che riguardare gli aspetti legislativi nazionali: gli unici che, allo stato, possono essere oggetto di ragionevole modificazione, non potendosi in questa sede prospettare modificazioni, almeno nel breve periodo, di fattori esogeni quali il *Fiscal Compact* o l'interpretazione data dalla Corte del Lussemburgo al sistema relazionale intercorrente fra finanza e tutela dei diritti sociali.

2. — *Le questioni previdenziali che necessitano di interventi legislativi* — Le questioni previdenziali per le quali appare necessario un intervento legislativo possono, per esigenze esemplificative, suddividersi in tre gruppi:

(19) Una volta individuate le poste di bilancio da destinare alla previdenza, si pone però il problema della discrezionalità delle scelte del legislatore nell'utilizzo delle risorse, e sul punto si vd. L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it, 2013, n. 1.

a) il primo riguardante la garanzia di una tutela pensionistica idonea ad assicurare mezzi adeguati per tutti i lavoratori, in considerazione, da un verso, delle regole relative all'accesso al trattamento pensionistico previsto dalla riforma Monti-Fornero del 2011 e, da altro verso, dell'attuale concreto evolversi nel nostro paese della tipologia del rapporto di lavoro, che non corrisponde più a quella classica a tempo pieno e indeterminato (20);

b) il secondo riguardante la tutela non solo per i lavoratori sospesi dal rapporto di lavoro o che perdono il lavoro (comprendendo in quest'ultima espressione anche il naturale spirare del contratto a termine), ma anche per quanti, in presenza di una inoccupazione strutturale pari al 12,4% per il corrente anno (21), non riusciranno mai ad avere un lavo-

(20) In presenza di rapporti di lavoro sempre più frammentati temporalmente e che possono svolgersi altresì in paesi stranieri, appartenenti o meno alla Comunità europea, o in organizzazioni internazionali, con datori di lavoro non solo italiani, diviene strutturale, da un verso, apprestare un sistema di convenzioni di sicurezza sociale che garantisca sempre e comunque un ordinamento giuridico previdenziale. Da altro verso, è necessario quanto meno introdurre innanzitutto una regola che valorizzi tutti i periodi di contribuzione previdenziale per il riconoscimento del trattamento pensionistico (ovvero far divenire l'istituto della totalizzazione lo strumento di raccordo fra tutti i tipi di contribuzione previdenziale obbligatoria senza distinzione di sorta e senza che sia necessario un minimo di contribuzione versata), a garanzia di tutti i pensionati iscritti a qualsivoglia gestione previdenziale obbligatoria che continuino a lavorare, assicurando loro la valorizzazione della contribuzione versata *post* pensionamento. In questa sede non può infine non chiedersi quale possa essere la tutela previdenziale, *recte* quale tipo di accredito contributivo debba esserci e se debba esserci, per quei periodi, sempre più reiterati, di non lavoro fra una occupazione a tempo determinato e l'altra. Per questa platea di lavoratori, che a quel che consta si fa sempre più grande, si può pensare di garantire un accredito contributivo anche per i periodi non lavorati e individuare il tipo di accredito riconosciuto, cioè effettivo come se avessero lavorato o figurativo. L'effetto economico dell'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione non è di poco conto. E ancora, in ipotesi di accredito figurativo, si potrà riconoscere al lavoratore la possibilità di un versamento volontario di contribuzione che, sommandosi a quella figurativa accreditata, porti al livello della contribuzione effettiva la contribuzione accreditata sulla sua posizione previdenziale nel periodo non lavorato (si noti che un modello di tal genere esiste già nel T.U. sulla maternità e paternità). Infine, ci si dovrebbe interrogare sull'opportunità o meno di assicurare una copertura contributiva, *recte* una tutela previdenziale obbligatoria, nei confronti di quelle persone – la maggior parte donne della nostra società – che, rinunciando a un'attività economica retribuita, garantiscono il corretto andamento familiare, nella latitanza di sistemi di ausilio previsti dal nostro sistema. Tutela e copertura che certamente non possono ritrovarsi con il Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori non retribuiti derivanti da responsabilità familiari.

(21) È la stessa Ragioneria dello Stato a riconoscere altresì che il tasso di occu-

ro o avranno lavori per cui, sulla scorta del modello contributivo e con giudizio prognostico, non percepiranno mai una pensione tale da garantire loro un'esistenza dignitosa (22). Per tutti costoro ci si deve chiedere quale tipo di tutela si possa apprestare, evitando altresì che possano esservi, durante la fruizione del beneficio, forme di lavoro a nero;

c) il terzo riguardante le forme di protezione per i soggetti inabili al lavoro; misure che si sovrappongono, potendo consistere in erogazione di somme di denaro, ai servizi apprestati dall'ordinamento direttamente o per il tramite di soggetti terzi e prestazioni sanitarie (23).

pazione, nella fascia di età 20-69 che meglio approssima la popolazione in età di lavoro, raggiungerà nel 2060 il 74,4% con un aumento di 11,1% punti rispetto al 2012, con la conseguenza che lo stato di occupazione ad oggi è all'incirca del 63%, con una disoccupazione strutturale nella citata fascia di età, di 37 punti.

(22) Si osservi che la tutela dei disoccupati (ivi inclusi i lavoratori sospesi dal rapporto di lavoro), superato il periodo temporale di fruizione del beneficio per disoccupazione, può ben defluire nella tutela generale dei cittadini che non hanno mai trovato un lavoro. In entrambe le ipotesi di prestazioni si pongono poi le ulteriori questioni relative : a) all'attività che l'ordinamento statale può chiedere al beneficiario nel periodo di fruizione del beneficio; b) all'attività formativa che lo Stato deve apprestare, nel lasso temporale in questione, in favore dei predetti soggetti affinché costoro possano, per quanto possibile, raggiungere un livello di conoscenze che li renda *appetibili per la domanda di lavoro*; c) al tipo di attività lavorativa che questi soggetti sono chiamati a svolgere, per uscire dallo stato di inoccupazione o disoccupazione, se costoro sono tenuti ad accettare qualsivoglia lavoro pena la decadenza dal beneficio o solo lavori con determinate caratteristiche (per tutti gli aspetti della problematica il nostro ordinamento ha apprestato discipline di riferimento con riguardo alle prestazioni di disoccupazione e di integrazione salariale). La tutela economica in favore dei soggetti che non trovano un lavoro è il punto di confine con la prestazione economica da garantire a quanti, per scelta non loro, non lavorano o non possono lavorare e pertanto potrebbe divenire una prestazione di ultima istanza che rientra nell'assistenza più che nella previdenza. Con l'ulteriore questione, strettamente connessa a tutti i tipi di tutela assistenziale, del tipo di condizioni economiche che consentano l'accesso ai richiedenti e pertanto, ancor più a monte, della tenuta del modello fiscale, ovvero della veridicità dei redditi dichiarati. Si ricordi altresì che rapporti di lavoro che nel breve periodo non garantiscono una retribuzione, e quindi una contribuzione adeguata, hanno come conseguenza sul rapporto previdenziale che i contributi versati potrebbero non assicurare al momento del pensionamento un trattamento pensionistico superiore all'importo dell'assegno sociale. Ne conseguirebbe quindi che lo stesso lavoratore, preso atto di tale rischio economico, preferisce un rapporto di lavoro a nero che gli procura un reddito superiore immediatamente, e contemporaneamente potrebbe accedere al reddito di ultima istanza e, al momento del raggiungimento dell'età pensionistica, potrebbe sempre confidare nell'erogazione dell'assegno sociale.

(23) Per questo tipo di prestazioni è la stessa Costituzione ad agganciarne l'erogazione all'inesistenza di mezzi necessari per vivere. Diventa pertanto strutturale

Posto che questi appaiono essere i macroproblemi ai quali il legislatore è chiamato a dare una soluzione, c'è infine da chiedersi se e come, nel corso dell'odierna legislatura, la diciassettesima, si siano affrontati questi temi.

3. — *L'attività legislativa nella materia previdenziale* — A quel che consta, sulla materia previdenziale è intervenuto il Governo con il disegno di legge delega dell'aprile di quest'anno in materia di ammortizzatori sociali, servizi per il lavoro e politiche attive. Antecedentemente, ovvero sia nell'aprile e nel maggio del 2013, sono state presentate due proposte di legge, rispettivamente: una, in tema di libertà di scelta nell'accesso dei lavoratori al trattamento pensionistico; l'altra, relativa alla disciplina della ricongiunzione dei periodi assicurativi e in materia di pensione supplementare (24). Non risulta affrontato il tema delle prestazioni assistenziali che pertanto, allo stato, conservano i punti di frizione evidenziati nelle pagine precedenti e che necessiterebbero anch'essi di scelte legislative (25).

alla loro erogazione il previo accertamento dell'inesistenza di tali mezzi e tutto rifluisce nel sistema di accertamento del reddito, garantendo così che tale sistema sia idoneo a evitare, specie oggi in periodi di risorse economiche sempre più ridotte, che le prestazioni siano erogate a quanti non ne abbiano diritto. Ulteriore questione, al pari di quel che si accennava per le prestazioni in favore dei lavoratori inoccupati o disoccupati, è se l'ordinamento può richiedere un *facere* ai beneficiari aventi a oggetto attività che gli stessi possono svolgere ancorché inabili al lavoro.

(24) Le predette proposte di legge sono la C. 857 e la C. 929. Allo stato, l'unico testo di legge in vigore, ovvero sia il decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, cd. *Jobs Act*, non contiene alcuna normativa previdenziale sui temi individuati, limitandosi a discipline afferenti a determinati contratti di lavoro, ma ciò non esclude che una modificazione delle regole di un tipo di contratto di lavoro non possa avere ricadute dirette e immediate o indirette anche sul rapporto previdenziale connesso. Il profilo previdenziale è altresì interessato, in via indiretta, anche dalla disciplina dettata dal decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, con gli artt. 1 e 50.6. Il legislatore, come ormai noto, ha istituito il «Fondo destinato alla concessione di benefici economici a favore dei lavoratori dipendenti» e ha posto in essere un credito d'imposta in favore di determinati lavoratori dipendenti. Tale credito è riconosciuto dai datori di lavoro nella qualità di sostituti di imposta al momento del pagamento della retribuzione; a sua volta, il sostituto d'imposta recupera la somma di denaro erogata al suo lavoratore, utilizzando, fino a capienza, l'ammontare complessivo delle ritenute disponibili in ciascun periodo di paga e, per la differenza, i relativi contributi previdenziali dovuti (art. 1, comma 5, e si vd. anche la circolare dell'Agenzia delle Entrate 28 aprile 2014, n. 8/E, e la circolare del 14 maggio 2014, n. 9/E).

(25) In ordine e senza alcuna pretesa di esaustività: a) tutte le prestazioni assisten-

In questa sede pare opportuna una disamina, pur rinviando in ogni caso alla diretta lettura dei testi dei quali si discute, della disciplina legislativa che si propone di introdurre nel microsystema previdenziale, prendendo le mosse dal disegno di legge delega.

Il primo articolo prevede e disciplina la delega al Governo in materia di ammortizzatori sociali (26), nella prospettiva di:

- a) assicurare, in caso di disoccupazione involontaria, tutele uniformi e legate alla storia contributiva dei lavoratori (27);
- b) razionalizzare la normativa in materia di integrazione salariale;
- c) favorire il coinvolgimento attivo di quanti siano espulsi dal mercato del lavoro o siano beneficiari di ammortizzatori sociali, semplificando le procedure amministrative e riducendo gli oneri non salariali del lavoro e tenuto conto delle peculiarità dei settori produttivi.

La parziale novità rilevabile nell'individuazione dei fini perseguiti dal legislatore la si rinviene nell'apprestamento di strumenti di tutela connessi alla storia contributiva del lavoratore, potendo indicare questa espressione che non solo la durata ma anche l'importo della prestazione per disoccupazione dipenderà dalla contribuzione antecedentemente accreditata al lavoratore e dal tipo di contribuzione stessa. Ovviamente quale sia l'effetto concreto di tale regola è tutto da scrivere, non essendovi una risposta a rime obbligate.

La norma si struttura in due sottodisposizioni: una riguardante le integrazioni salariali in costanza di rapporto di lavoro, ancorché sospeso, e l'altra concernente le prestazioni per disoccupazione involontaria.

Il legislatore continua ancora a bipartire la tutela dei lavoratori a seconda che siano stati sospesi dal lavoro, in generale per esigenze con-

ziali, siano esse prestazioni monetarie o di servizi, devono essere agganciate a una soglia reddituale; b) l'accertamento della soglia reddituale di riferimento deve passare attraverso un sistema fiscale veritiero; c) quale tipo di reddito deve essere preso in considerazione; d) devono ancora esistere le prestazioni economiche oppure sarebbe meglio apprestare una rete di servizi; e) il beneficiario della prestazione può essere chiamato, nei limiti delle sue possibilità, a rendere una prestazione alla collettività.

(26) Si osservi che la disciplina in tema di ammortizzatori sociali, ancorché trovi la sua sede precipua nel predetto articolo 1, per ulteriori e connessi aspetti la si rintraccia in altri articoli del disegno di legge delega. Basti in questa sede far mente locale all'art. 2, che fra i criteri e principi direttivi parla di razionalizzare gli incentivi esistenti per l'assunzione dei lavoratori o per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità, o di attivazione del soggetto che cerca lavoro al fine di incentivare la ricerca attiva di una nuova occupazione.

(27) Come osservato da D. Garofalo, non può che lasciare perplessi l'ennesimo intervento sulla disoccupazione a poco più di un anno dall'introduzione dell'Aspi.

nesse all'attività imprenditoriale, o licenziati. C'è da chiedersi se, proprio con riguardo alla protezione dei lavoratori, sia ancora necessaria siffatta bipartizione, ben potendosi prefigurare un reticolato di tutele ove le scelte imprenditoriali siano neutre. Si vuol dire che obiettivo del legislatore deve essere quello di tutelare i lavoratori e non di consentire all'imprenditore di utilizzare l'integrazione salariale quale strumento di difesa della propria attività imprenditoriale.

Lo spezzone normativo che afferisce all'integrazione salariale contiene sette criteri e principi direttivi (28), e per taluni di essi appare difficile, almeno per chi scrive, individuarne il senso. A titolo esemplificativo, non si comprende quale significato debba assegnarsi al principio «previsione di una maggiore compartecipazione delle imprese utilizzatrici»; il tutto è rimandato ai decreti delegati con un margine di manovra dell'apparato non legislativo molto ampio.

Ancora non si comprende perché si intenda ridurre l'onere contributivo a carico dei settori che fruiscono dell'integrazione salariale, mentre appare economicamente corretta una ripartizione del peso contributivo diversa secondo il grado di utilizzo dell'istituto per ciascun settore.

Infine anche qui temporalmente intempestiva risulta la previsione di revisione dei fondi di solidarietà la cui disciplina risale al 2012.

Il secondo spezzone normativo è diretto a fissare i criteri e principi direttivi per la disoccupazione involontaria. Ferma restando anche per questa la intempestività dell'ennesimo intervento che non consente alcun consolidamento della disciplina ed aumenta il tasso di incertezza per gli operatori, in esso:

- a) riappare il richiamo alla storia contributiva del lavoratore, che favorisce l'aumento del periodo di durata massima della prestazione;
- b) si prevede l'universalizzazione dell'istituto, con ovvi dubbi sulla praticabilità connessi all'esistenza delle risorse, ma contemporaneamente ci si dimentica che l'istituto della disoccupazione ancora esiste per determinati settori;
- c) si prevede l'introduzione di massimali per la contribuzione figurativa, con la conseguenza che il peso di essa ai fini del trattamento pensionistico scenderà;
- d) si prevede l'eliminazione, che appare ragionevole, dello stato di disoccupazione quale requisito di accesso ai servizi a carattere assistenziale.

(28) Si parla sempre di integrazione salariale ordinaria e straordinaria, mentre nulla si dice dell'integrazione salariale in deroga; si deve presumere che la stessa, nelle intenzioni del legislatore, scomparirà.

È rilevante, anche se eventuale, l'introduzione di una prestazione in favore di determinati lavoratori, una volta finita la fruizione dell'Aspi e in mancanza di copertura contributiva figurativa (29).

Per entrambe le prestazioni si prevede l'individuazione di meccanismi che consentano il coinvolgimento attivo del beneficiario per lo svolgimento di attività in favore delle comunità locali.

In chiusura può affermarsi, con un buon margine di approssimazione, che si è davanti a un'opera di manutenzione e semplice miglioramento dell'esistente senza alcuna rivoluzione copernicana. La novità dovrebbe essere costituita dall'eventuale istituzione di una prestazione di ultima istanza riconosciuta ai soli lavoratori disoccupati che rientrino in una determinata subcategoria.

In questa sede ci si deve interrogare invece se non si possa percorrere una strada altra e diversa in cui tutte le risorse economiche – sinora destinate alle plurime forme di integrazione salariale, ordinaria straordinaria e in deroga nonché alla disoccupazione (si chiami Aspi o ancora disoccupazione) – non possano essere convogliate per l'erogazione, in favore dei lavoratori sospesi dal lavoro o licenziati, di una prestazione di tipo previdenziale che, superato il termine massimo di fruizione, confluisca in una prestazione assistenziale di ultima istanza riconosciuta a costoro e a tutti gli inoccupati.

Ove fosse praticabile economicamente tale strada, ci si dovrebbe poi interrogare con riguardo al versante previdenziale sulla riconoscibilità o meno della contribuzione figurativa anche nell'ipotesi di erogazione della prestazione assistenziale.

La questione non appare di poco conto perché è opportuno rammentare che la mancata maturazione di un trattamento pensionistico in capo al lavoratore comporterà per lo Stato la probabile erogazione dell'assegno sociale.

Il disegno di legge delega contiene infine un'importante innovazione in tema di applicazione del principio dell'automatismo ai lavoratori autonomi, nella specie lavoratrici madri parasubordinate, attribuendo (art. 5.2, lett. *b*) loro il diritto alla prestazione assistenziale anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro (30).

(29) Su questa prestazione di chiusura del sistema in favore dei lavoratori disoccupati si veda lo scritto di G. Bronzini. La scelta del mancato accredito di contribuzione figurativa comporta un vuoto nella carriera contributiva del lavoratore che produrrà i suoi effetti al momento della maturazione del requisito anagrafico per accedere al trattamento pensionistico.

(30) Il legislatore delegante, innovando il sistema legislativo, amplia l'ambito sog-

Da ultimo, tra le proposte di legge delle quali si è fatta menzione, la più rilevante sembra quella presentata il 13 maggio 2013, la C. 929, finalizzata all'ampliamento dell'ambito di efficacia dell'istituto della pensione supplementare (31), consentendo così l'impiego di tutti i contributi non utilizzati per l'erogazione del trattamento pensionistico principale.

La proposta – ancorché meritevole nel suo tentativo di *mettere a reddito* tutti i contributi accreditati sulla posizione previdenziale del lavoratore e ovviare agli effetti della abrogazione dell'istituto della costituzione della posizione previdenziale presso l'Inps in favore dei lavoratori pubblici che non abbiano maturato il diritto alla prestazione previdenziale presso l'ente previdenziale sostitutivo – pecca per visione a corto raggio. Di converso, in una logica più strutturata e di lungo periodo, si dovrebbe ormai consentire l'impiego generalizzato dell'istituto della totalizzazione per tutte le forme di contribuzione obbligatoria previdenziale o per tutte le forme di contribuzione versate a enti pubblici, fatta ovviamente esclusione della contribuzione versata al Fondo Inps per la previdenza complementare, antecedentemente al riconoscimento del trattamento pensionistico, così garantendosi la valorizzazione del patrimonio contributivo, sia per l'accesso a pensione, sia per la misura del trattamento ancorché composto da più segmenti monetari. Mentre per la contribuzione versata dopo il riconoscimento della pensione dovrebbe operare, quale istituto a valenza generale, l'istituto del supplemento di pensione (32).

gettivo di efficacia del principio di automatismo ancorché a una categoria specifica di lavoratori autonomi, i lavoratori subordinati, e all'interno di questi alle sole lavoratrici madri e limitatamente alle prestazioni assistenziali. Ne deriva *a contrario* la conferma dell'inapplicabilità del principio di automatismo delle prestazioni per tutti gli altri lavoratori parasubordinati.

(31) La pensione supplementare è disciplinata dall'art. 5 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, e si riconosce all'assicurato, che ha diritto alla pensione in un regime esclusivo o sostitutivo dell'assicurazione obbligatoria, la facoltà di chiederne la liquidazione in base ai contributi versati o accreditati nell'assicurazione stessa qualora detti contributi non siano sufficienti per il diritto a pensione.

(32) Anche il supplemento di pensione è disciplinato nel testo legislativo ultimo citato, ma all'art. 4, e trova la sua ragione giustificatrice nella necessità di regolare, agli effetti pensionistici, la contribuzione versata, accreditata o dovuta per periodi successivi al pensionamento. Si prevede, pertanto, che i contributi versati o accreditati successivamente alla data di decorrenza della pensione danno diritto, a domanda, alla corresponsione di un supplemento della pensione in pagamento e che i contributi versati successivamente alla data di decorrenza di quest'ultimo danno luogo a ulteriori supplementi.

Amos Andreoni (*)

LE PENSIONI NEL PASSO DEL GAMBERO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Legge Amato e legge Dini a confronto. — 3. Una riforma fuori contesto. — 4. Decadenza e caduta dell'età flessibile. — 5. La legge n. 214/2011: i fattori di criticità. — 6. Le deroghe alla nuova disciplina. — 7. La nuova perequazione (parziale) delle pensioni. — 8. Conclusioni.

1. — *Premessa* — La riforma pensionistica costituisce un lungo itinerario che si snoda dal 1992 fino alla legge n. 214/2011, nota per la questione dei cd. esodati, ma ben più pregnante nei vari aspetti strutturali e costituzionali.

È bene ripartire dagli anni novanta per avere un quadro completo della situazione centrando l'analisi sui tre temi cruciali dell'analisi giuridica: la formula di calcolo; l'età di accesso; il regime della perequazione. Ben più complesso è lo stesso tema sotto il profilo sociologico ed economico riguardando tre interi insiemi tematici: l'invecchiamento della popolazione, la sostenibilità finanziaria dei sistemi di *welfare* e il funzionamento del mercato del lavoro (1).

2. — *Legge Amato e legge Dini a confronto* — La riforma Amato viene annoverata come intervento legislativo di breve periodo (2), con effetti immediati di cassa, per avere incentrato il *focus* sul cd. blocco dei lavoratori in uscita, in ragione dell'aumento dell'età pensionabile, e sulla riduzione della dinamica della perequazione automatica delle pensioni, limitata al solo andamento dei prezzi (artt. 1 e 11, d.lgs. n. 503/1992).

All'opposto, la legge n. 335/1995 – cd. legge Dini – può definirsi

(*) Professore di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Su questi aspetti si rinvia a G. Geroldi, *Lavoro e protezione del reddito delle persone in età matura*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. n. 1-2, p. 153.

(2) Così G. Nocella, *La questione esodati: origine e (frammentarie) soluzioni*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. 1-2, p. 93.

come riforma di lungo periodo, basata sull'equilibrio attuariale di ciascun trattamento pensionistico, essenzialmente con l'adozione della formula contributiva di calcolo e l'eliminazione dell'integrazione al minimo, in omaggio alla scelta di separare la previdenza dall'assistenza (3), i rischi da lavoro dai bisogni di cittadinanza.

Una scelta certamente ottimistica: la formula di calcolo, e dunque il tasso annuo di capitalizzazione del montante contributivo, presupponeva, infatti, un costante incremento del Pil e una carriera *standard*; d'altra parte, l'eliminazione della integrazione al minimo implicava l'introduzione di forme generalizzate di reddito di ultima istanza, anche cumulabili con la pensione contributiva, superando le strettoie dell'assegno sociale.

Una opzione che non ha retto alla prova dei fatti.

Sotto un primo profilo, la decrescita del Pil dal 2009 a oggi ha ridotto notevolmente l'indice di rivalutazione del montante contributivo; riduzione peraltro amplificata dalla unità di calcolo basata sulla «variazione media quinquennale» del Pil, calcolata «con riferimento al quinquennio precedente l'anno da rivalutare» sicché – è stato osservato – «un singolo anno di contrazione [...] è sufficiente a deprimere il tasso di rivalutazione dell'intero quinquennio [...] mentre annualmente considera[to] si sarebbe limitat[o] a impedire la rivalutazione nell'anno di riferimento» (4).

Con il risultato che la contrazione del Pil nell'arco temporale 2008-2013 si riverbererà sui tassi di rivalutazione sino al 2017, con effetti di recupero condizionati all'ipotesi di un periodo altrettanto lungo di crescita del Pil (5).

Sotto altro profilo, l'innesto all'interno del sistema a ripartizione di forme di calcolo mutate dal sistema a capitalizzazione (6) trasferisce il

(3) In dottrina, vd., tra gli altri, S. Gronchi, *La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare*, in *Econ. pol.*, 1998, p. 310; Aa.Vv., *Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi «Amato» alla finanziaria*, 1995, a cura di M. Cinelli, M. Persiani, Milano, 1995; Aa.Vv., *La riforma del sistema pensionistico*, a cura di R. Pessi, Cedam, Padova, 1995; A. Andreoni, *Privatizzazione del pubblico impiego e armonizzazione del sistema pensionistico*, in *q. Riv.*, 1996, I, p. 269; Aa.Vv., *La riforma del sistema pensionistico*, a cura di C. Cester, Giappichelli, Torino, 1997; P. Boer, *La previdenza sociale*, in Aa.Vv., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Ipsoa, Milano, 2009, p. 1591.

(4) Cit. da G. Ludovico, *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 915.

(5) G. Ludovico, *op. ult. cit.*, p. 917.

(6) Così T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 130.

rischio della instabilità dell'impiego e della conseguente carenza di retribuzione-contribuzione interamente sulle spalle del lavoratore-assicurato (7).

Un rischio amplificato dalle attuali turbolenze del mercato, dalla proliferazione dei tipi negoziali e dalla stagnazione della massa salariale; un rischio che poteva almeno essere attutito dalla generalizzazione e dalla maggior durata dei trattamenti di disoccupazione (con la correlativa contribuzione figurativa); per altro verso, un reddito minimo di ultima istanza (eventualmente supportato da altra contribuzione figurativa) avrebbe potuto sovvenire ai casi di estremo bisogno.

3. — *Una riforma fuori contesto* — Così non è stato: l'eliminazione dell'indennità di mobilità (sia pure differita al 2017) e la modesta amplificazione della copertura, a seguito dell'introduzione dell'Aspi, disposta dalla legge n. 92/2012 (8); la ristrettezza della contribuzione figurativa, per i periodi di non lavoro e delle integrazioni al reddito; tutto ciò non pone in sicurezza le pensioni future (specie se il precedente itinerario di lavoro è marcato da frequenti *part-time*, da bassa retribuzione, da lavori discontinui).

(7) Sulla relazione tra riforma Dini e rapporti di lavoro atipici vd., tra gli altri, M. Persiani, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, p. 996; T. Treu, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, in *Dir. sic. soc.*, 2004, p. 19; C. Lagala, *Un welfare compassionevole per i lavoratori precari*, in *q. Riv.*, 2004, I, pp. 363 ss.; Id., *Precariato e welfare in Italia*, Ediesse, Roma, 2005; P. Sandulli, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 410; M. Cinelli, *Riforma del mercato del lavoro e welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 17 ss.; P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005; M. Paci, *Nuovi lavori nuovo welfare: sicurezza e libertà nella società attiva*, il Mulino, Bologna, 2005; S. Renga, *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 53; R. Pessi, *Tutele previdenziali e assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 39.

(8) Sui nuovi ammortizzatori sociali vedi: G. Geroldi, *Lavoro e protezione del reddito delle persone in età matura*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. n. 1-2, pp. 172-173; M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 227; S. Spattini, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012; Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, Giappichelli, Torino, 2013; F. Liso, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 1.

A titolo di esempio, la perdita derivante dall'effetto sostitutivo dell'Aspi in luogo dell'indennità di mobilità per un lavoratore del Sud di oltre 50 anni varia dai 30 ai 36 mesi in meno.

D'altra parte, il reddito minimo di inserimento previsto in via sperimentale (9) e poi prorogato (10) è stato derubricato come reddito di ultima istanza (11) e affidato alla mutevole competenza regionale, ora in larga misura perento.

In definitiva emerge un quadro problematico sotto il profilo costituzionale: la riforma Dini, nel contesto in cui si è collocata, non garantisce più la necessaria adeguatezza della prestazione previdenziale, come prescritto dall'art. 38 Cost.; adeguatezza che, in quanto commisurata alle esigenze di vita del pensionato, deve essere pur sempre superiore alla soglia di mantenimento prevista per l'assistenza, legata alla mera sopravvivenza.

È ben possibile che tale adeguatezza sia il frutto combinato di una prestazione di base, di carattere universalistico-assistenziale e di una porzione supplementare di tipo previdenziale-assicurativo (12).

D'altro canto, i principi di adeguatezza e proporzionalità della pensione, se non sono più idonei a dispiegare un rapporto di stretta implicazione tra la singola pensione e la qualifica di provenienza, richiedono comunque di mantenere un raccordo tra la complessiva dinamica retributiva e la dinamica pensionistica, sia pure nell'ambito delle concrete disponibilità finanziarie (13). Talché la Corte costituzionale si è pronun-

(9) Art. 59, commi 47 e 48, legge n. 449/97.

(10) Art. 80, comma 1, legge n. 388/2000.

(11) Art. 3, commi 101-103, legge n. 350/03.

(12) Ne è riprova lo stesso dibattito in Assemblea costituente. Sintomatico di questo orientamento fu il dibattito intorno all'emendamento Laconi (e altri) che aveva consentito l'intervento di enti privati di assistenza e di previdenza. Quell'emendamento, infatti, conteneva anche un comma dedicato alle prestazioni previdenziali: queste, similmente al progetto approvato in Commissione, dovevano garantire «mezzi adeguati per vivere»; e tuttavia esse, nella versione riformata, non dovevano più necessariamente graduarsi, in favore dei lavoratori, «in ragione del lavoro che prestano». Il senso della modifica viene così illustrato: «Abbiamo creduto di dover sopprimere questa parte in quanto essa avrebbe supposto che la legislazione in materia di previdenza e assicurazione sociale, domani, dovesse orientarsi in un determinato senso, senso in cui attualmente è diretta e indirizzata, e ciò avrebbe fatto supporre un riferimento a quei criteri di assistenza mutualistica che oggi sono in vigore. Noi desideriamo invece che il legislatore futuro abbia una libertà più ampia e possa adottare i criteri che gli appariranno più adatti alla situazione e più efficaci» (la citazione è tratta dall'intervento dell'on. Laconi, *Atti Assemblea costituente*, Roma, 1970, 1579). Per la giurisprudenza legittimante l'addizione dei due trattamenti, previdenziale e assistenziale, ai fini della complessa nozione di adeguatezza vd. Corte cost., sentenza n. 34/2011.

(13) In proposito, vd. le sentenze n. 173/1986, n. 119/91, n. 243/1992 e n. 30/2004.

ciata per l'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo giudizio, non senza precisare il possibile insorgere di una questione di costituzionalità (sotto il profilo della lesione del principio di adeguatezza) in relazione alla «mancata previsione di un qualsivoglia meccanismo di raccordo fra variazioni retributive indotte dagli aumenti (nella specie) del pubblico impiego e computo delle pensioni». Mancata previsione che è esaltata nel caso di radicale ristrutturazione del sistema retributivo del personale in servizio «soprattutto se si tiene conto che alla solidarietà tra lavoratori e pensionati si affianca sempre e comunque una solidarietà più ampia dell'intera collettività; bilanciamento questo che peraltro ha l'ineludibile vincolo di scopo di consentire una ragionevole corrispondenza (evitando che si determini un non sopportabile scostamento) tra dinamica delle pensioni e dinamica delle retribuzioni» (14).

E tale ragionevole corrispondenza, da un lato, è resa problematica dall'adozione del parametro quinquennale Pil per la rivalutazione del montante contributivo e, dall'altro, diventa ancor più problematica per effetto dell'accentuato *decalage* del trattamento, successivamente al pensionamento.

Abbandonato, fin dal 1992, l'aggancio alla dinamica salariale per restare ancorato alla sola dinamica dei prezzi, il meccanismo di perequazione delle pensioni ha infatti subito continue modifiche negli anni, indotte dalla necessità di contenere la spesa pensionistica. E così la legge di accompagnamento alla Finanziaria per il 1999 (legge n. 448/98) ha previsto la commisurazione della rivalutazione in riferimento al cumulo delle pensioni erogate a ogni soggetto e non già *singulatim*, con effetti decelerati.

La Finanziaria per il 2001 (legge n. 388/2000) stabilisce poi che la percentuale di aumento delle pensioni per l'adeguamento al costo vita si applichi per fasce d'importo (al 100% del costo vita per le pensioni fino a 3 volte il trattamento minimo, e poi solo al 90% e 70%).

Numerosi sono stati poi gli interventi «temporanei» volti a bloccare, parzialmente o totalmente, l'indicizzazione: la legge n. 449/1997 decretò che, a decorrere dal 1° gennaio 1999 e per un periodo di due anni, la perequazione piena delle pensioni sarebbe stata applicata solo per i trattamenti fino a 5 volte il minimo, mentre per quelli compresi tra 5 e 8 volte il minimo l'adeguamento sulla parte eccedente tale valore sarebbe stato applicato per il 30% e non sarebbe stata applicata per niente per gli importi di pensione superiori a 8 volte il minimo.

(14) Le citazioni sono tratte da Corte cost., sentenza n. 226/1998. A esse può ricollegarsi la successiva Corte cost., sentenza n. 316/2010.

Successivamente, la legge n. 388/2000 ha rivisto le fasce di perequazione modificando quanto stabilito dalla legge n. 449/97, con l'effetto di ripristinare il meccanismo di perequazione previgente, estendendola così nuovamente anche ai trattamenti oltre 8 volte il minimo, salvo poi, con la legge n. 247/2007, nuovamente sospenderla per l'anno 2008.

4. — *Decadenza e caduta dell'età flessibile* — La riforma Dini risulta dunque attualmente fuori contesto. Per di più, la sua criticità, come si è detto, è aumentata nel corso del tempo, in ragione dei provvedimenti successivamente adottati sull'onda di nuove esigenze di cassa. Esigenze in larga misura contrastanti con l'impianto stesso della legge n. 335/95.

Quest'ultima, infatti, era contrassegnata dalla unità di genere e dalla elasticità dell'età pensionabile (57-65 anni: art. 1, comma 7), a invarianza di oneri per effetto della graduazione del rateo per classi di età.

All'opposto, la legge n. 243/2004 ha previsto anche per le pensioni contributive la distinzione di genere e l'innalzamento della soglia di accesso al livello rigido dei 60 (donna) ovvero dei 65 anni (uomo), salvo il caso di anzianità pari o superiore a 35 anni.

Analogo innalzamento è stato disposto per le pensioni di anzianità (35 anni di contributi sommati a una età di 58 anni, progressivamente elevata a 62).

Innalzamenti poi amplificati dal differimento, tramite «finestre», di 12/18 mesi nel godimento della pensione (art. 12, legge n. 122/2010).

L'elevazione dell'età diventa drammatica con la legge n. 214/2011 laddove ha disposto l'eliminazione della pensione di anzianità e l'aumento dell'età pensionabile a 66 (uomini in tutti i settori; donne nel settore pubblico) e a 62 (per le lavoratrici del settore privato; 63 e 6 mesi per le autonome) salvo parificare l'età a quota 66 nel 2018 e a 67 nel 2021, oltre a ulteriori incrementi biennali derivanti dall'allungamento della speranza di vita (art. 12, legge n. 122/2010) salva l'opzione fino a 70 anni (e oltre) (15).

(15) Come già stabilito, a decorrere dal 10 gennaio 2013, i requisiti anagrafici per l'accesso alla pensione di vecchiaia, a quella anticipata e all'assegno sociale vengono incrementati di 3 mesi.

Nella relazione tecnica gli ulteriori incrementi, stimati sulla base dello scenario demografico dell'Istat del 2007, saranno di 4 mesi nel 2016 e di altri 4 mesi dal 2019; dal 2021 l'adeguamento dell'età è previsto con cadenza biennale con un incremento di 3 mesi ogni due anni fino al 2027 e di 2 mesi dal 2029 per ogni ulteriore biennio fino al 2050. I requisiti anagrafici effettivi saranno, in ogni caso, determinati in corrispondenza di ogni adeguamento sulla base dell'aumento della speranza di vita accertato a consuntivo dall'Istat.

D'altra parte il «pensionamento anticipato» è ora possibile soltanto in presenza di 41 anni di anzianità se donne o 42 se uomini (con riduzioni dell'importo dell'1-2% per ritiri a età, rispettivamente, precedenti i 62-60 anni).

La riforma ha inoltre confermato che l'età di vecchiaia e i requisiti per il pensionamento anticipato cresceranno in modo automatico in linea con la vita attesa: ad esempio, nel 2040, quando si ritireranno le prime coorti di lavoratori «interamente contributivi», l'età di vecchiaia dovrebbe essere di circa 69 anni e serviranno 44/45 anni (se donna o uomo) di contributi per ricevere la pensione anticipata.

Per quanto riguarda i soggetti interamente appartenenti allo schema contributivo (quelli che hanno iniziato a lavorare a partire dal 1996), la riforma ha reintrodotto forme di flessibilità dell'età di uscita, sulla base di requisiti molto più stringenti di quelli originariamente previsti dalla «riforma Dini». Quest'ultima, infatti, prevedeva il pensionamento nella fascia d'età 57-65, qualora l'importo della pensione fosse stato pari ad almeno 1,2 volte l'assegno sociale (16).

Ora invece si è introdotta la possibilità di pensionamento anticipato fino a un massimo di 3 anni prima dell'età di vecchiaia, in presenza di almeno 20 anni di contribuzione, solo per chi potrà godere di una pensione di importo non inferiore a 2,8 volte l'assegno sociale. Al contempo, all'età di vecchiaia la pensione verrà erogata solo in presenza di almeno 20 anni di contribuzione, sempre che il montante contributivo dia luogo a una prestazione non inferiore a 1,5 volte l'assegno sociale.

Diversamente occorrerà continuare a lavorare, se necessario, fino a 4 anni dopo l'età pensionabile (e nel frattempo ricevere l'assegno sociale); oltre tale data il requisito dei 20 anni di anzianità viene ridotto a cinque e viene eliminata la soglia di 1,5 volte l'assegno sociale.

In definitiva, come è stato osservato (17), la novella del 2011 pone tre momenti possibili di pensionamento: a 70 anni, come presunzione di incapacità lavorativa, raggiunti i quali il soggetto ha diritto alla prestazione previdenziale avendo semplicemente cinque anni di contribuzione e nessun'altra condizione; tra i 66 e i 69 anni, nei quali il lavoratore può andare in pensione avendo venti anni di contribuzione e una

(16) Tale flessibilità era stata cancellata dall'intervento di riforma del 2004, che aveva omogeneizzato le regole di uscita fra i lavoratori appartenenti ai diversi schemi.

(17) La citazione che segue è tratta da A. Avio, *La vecchiaia della pensione?*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 403.

prestazione pari almeno a 1,5 volte l'assegno sociale; tra i 63 e i 65 anni avendo venti anni di contribuzione e una prestazione pari almeno a 2,8 volte l'assegno sociale (18).

5. — *La legge n. 214/2011: i fattori di criticità* — All'impianto della legge n. 214/11, come innestato sul sistema precedente, possono essere mosse molte critiche (19).

Così l'incremento della speranza di vita (e della soglia pensionabile) continua a essere calcolato su di un soggetto *standard* (20), senza operare le necessarie distinzioni tra lavori manuali e sedentari, tra soggetti sani e menomati. Soprattutto è erroneo calcolare l'incremento della speranza di vita a partire dalla età di nascita anziché dalle età mature: l'abbattimento della mortalità infantile ha infatti reso la prima dinamica molto più accentuata della seconda, posto che il tasso di sopravvivenza degli ultrasettantenni è aumentato molto più lentamente.

Di qui l'irragionevolezza di adottare un indice commisurato all'intera vita biologica anziché agli anni ipotetici di percezione della pensione.

Di poi è irragionevole combinare l'aumento dell'età pensionabile con l'adeguamento alla speranza di vita. Fin dalla legge n. 335/1995, con la quale è stato introdotto il sistema di calcolo contributivo, è stato previsto l'adeguamento dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo anche con riferimento all'aumento della speranza di vita nel presupposto che, aumentando gli anni di vita, il trattamento pen-

(18) Questa la previsione per coloro ai quali si applica il sistema contributivo puro; agli altri si richiedono oltre 42 anni di contribuzione effettiva e almeno 62 anni di età, salva una riduzione della prestazione. Tale riduzione è pari all'1% per i primi due anni mancanti al raggiungimento dei 62 anni ed elevata al 2% per gli ulteriori anni mancanti alla suddetta età calcolati alla data del pensionamento. La legge n. 14/2012 (art. 6, comma 2-*quater*) ha disposto che la riduzione non sarà applicata a coloro che maturano il requisito contributivo entro il 31 dicembre 2017 qualora la contribuzione derivi esclusivamente da prestazione effettiva di lavoro, includendo i periodi di astensione obbligatoria per maternità, servizio militare, infortunio, malattia e di cassa integrazione guadagni ordinaria (escludendo, quindi, i periodi di maternità facoltativa, i congedi per assistenza disabili, la cassa integrazione straordinaria, la mobilità, la disoccupazione, la prestazione straordinaria a carico dei fondi di solidarietà di settore, i versamenti volontari, il riscatto laurea ecc.).

(19) È stato calcolato un risparmio di 19,5 miliardi di euro l'anno per l'effetto di una riduzione della durata media della rendita di 3,6 anni (per gli uomini) e di 4,2 (per la donna): così G. Geroldi, *Lavoro e protezione del reddito delle persone in età matura*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. n. 1-2, pp. 165-166.

(20) Cfr. A. Avio, *op. ult. cit.*, p. 408.

sionistico, determinato sulla base del montante contributivo maturato, venga erogato per un numero di anni maggiore.

A partire dall'articolo 12, commi da 12-*bis* a 12-*quater*, del d.l. n. 78/2010 (convertito, con modificazioni, in legge n. 122/2010), è stato previsto l'incremento di alcuni requisiti anagrafici per il diritto alla pensione (vecchiaia e anzianità) rispetto all'aumento della speranza di vita. In questo modo non si giustifica più la riduzione dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo dal momento che, statisticamente, il periodo di percezione della pensione resta invariato.

Il doppio adeguamento (coefficienti di trasformazione e requisiti per il diritto) appare dunque illegittimo perché irrazionale *ex art. 3 Cost.* (21).

6. — *Le deroghe alla nuova disciplina* — L'innalzamento dell'età pensionabile e l'abrogazione della pensione di anzianità (per quote) apparentemente non riguardano i lavoratori addetti alle attività particolarmente faticose e pesanti: essi continuano a maturare i requisiti per il diritto alla pensione anticipata anche con il cd. meccanismo delle «quote».

Per tali lavoratori, fermo restando il requisito minimo di 35 anni di anzianità contributiva (art. 1, d.lgs. n. 67/2011), vengono tuttavia incrementati, notevolmente e bruscamente, i requisiti minimi di età anagrafica e della quota per maturare il diritto. Vengono, infatti, innalzati di 3 anni i requisiti «ridotti» di età anagrafica minima (*ex art. 1 del decreto legislativo n. 67 del 21 aprile 2011*) con conseguente incremento della quota.

La severità delle nuove regole di accesso a pensione ha indotto il legislatore a introdurre ulteriori deroghe a salvaguardia di altre categorie di persone che, conseguentemente, continueranno a usufruire del sistema pensionistico antecedente l'entrata in vigore della legge n. 214/2011.

Deroghe che, tuttavia, sono state concepite in modo parziale (e spesso improvvisato) dando luogo al noto fenomeno dei cd. esodati. Sono cioè quei soggetti che, cessati dal servizio in epoca più o meno risalenti

(21) Nel dettaglio, va osservato che il citato comma 12-*bis* dell'articolo 12 del d.l. n. 78/2010 prevede l'adeguamento agli incrementi della speranza di vita: dell'età di cui alla Tabella B allegata alla legge 23 agosto 2004, n. 243 (le cd. «quote» per la pensione di anzianità); dei requisiti anagrafici di 65 anni e di 60 anni per il conseguimento della pensione di vecchiaia; del requisito dei 65 anni per il diritto all'assegno sociale. Per rispettare il principio di ragionevolezza, ad es., il requisito anagrafico di 57 anni previsto per il diritto alle pensioni di anzianità, di cui all'articolo 1, commi 8 e 9, della legge n. 243/2004 (autorizzati alla prosecuzione volontaria della contribuzione entro il 20 luglio 2007 e opzione al sistema di calcolo contributivo), non doveva essere adeguato all'incremento della speranza di vita.

te, erano prossimi al raggiungimento del diritto a pensione con le vecchie regole e che, in ragione del nuovo ordinamento, si vedono procrastinato il tempo di attesa, spesso anche per più di 5 anni, senza poter usufruire, nel frattempo, di redditi compensativi.

Tra i soggetti salvaguardati compaiono innanzitutto coloro che avevano già maturato, entro il 31 dicembre 2011, il diritto a pensione di anzianità o di vecchiaia: essi conservano il diritto al pensionamento sulla base della normativa vigente prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 201/11, conv. in legge n. 214/11.

I nuovi requisiti non trovano inoltre applicazione, anche se perfezionati dopo il 31 dicembre 2011, per le lavoratrici che conseguono la pensione sulla base di un'anzianità contributiva di almeno 35 anni e di un'età di almeno 57 anni se dipendenti o 58 se autonome e che optano per il calcolo contributivo ai sensi dell'art. 1, comma 9, della legge n. 243/2004.

La versione definitiva del comma 14 dell'art. 24 della legge n. 214/2011, così come modificato dall'art. 6 della legge n. 14/2012, prevedeva poi che continuassero a conseguire il diritto a pensione sulla base dei previgenti requisiti, anche se perfezionati dopo il 31 dicembre 2011, nei limiti delle risorse stabilite dal provvedimento di legge, svariati gruppi di lavoratori (22).

(22) I soggetti beneficiari erano quelli:

- collocati in mobilità ordinaria, sulla base di accordi sindacali stipulati anteriormente al 4 dicembre 2011 che avrebbero maturato i requisiti per il pensionamento entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità;
- collocati in mobilità lunga per effetto di accordi collettivi stipulati entro il 4 dicembre 2011;
- titolari, alla data del 4 dicembre 2011, di prestazione straordinaria a carico dei fondi di solidarietà di settore, nonché i lavoratori per i quali fosse stato previsto da accordi collettivi stipulati entro la medesima data il diritto di accesso ai predetti fondi di solidarietà; in tale secondo caso gli interessati restavano, comunque, a carico dei fondi fino al compimento di almeno 60 anni di età (su questi aspetti vd. Trib. Roma 24 dicembre 2012, con nota di L. Prospero, in *q. Riv.*, 2013, II, p. 274);
- autorizzati alla prosecuzione volontaria antecedentemente alla data del 4 dicembre 2011;
- dipendenti pubblici in esonero dal servizio alla data del 4 dicembre 2011 (ai sensi dell'articolo 72, comma 1, della legge n. 133/2008); l'esonero si considerava comunque in corso qualora il provvedimento di concessione fosse stato emanato prima del 4 dicembre 2011;
- in congedo per assistenza figli con disabilità grave alla data del 31 ottobre 2011 che avessero maturato i 40 anni di contribuzione entro 24 mesi dalla data di inizio del predetto congedo;

Nel corso dei due anni successivi – 2012 e 2013 –, data la ristrettezza del numero di lavoratori salvaguardati e il correlativo ampio numero dei cd. esodati, soggetto al nuovo regime, si è attivato un complesso circuito che ha visto interloquire di volta in volta specifici gruppi di pressione nei confronti del Governo, Parlamento, Inps, partiti, sindacati, patronati e mass media.

Di qui una successiva, impressionante sequenza di miniprovedimenti – di tipo legislativo (23), regolamentare o meramente amministrativo – che ha allargato l'ambito dei soggetti salvaguardati, previo il reperimento della copertura economica.

In definitiva anziché operare sulla base del principio costituzionale di gradualità, come definito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (24), si è optato, in modo caotico, per un progressivo allargamento

– con rapporto di lavoro risolto prima del 31 dicembre 2011 in ragione di accordi (individuali o collettivi) di incentivo all'esodo qualora la data di cessazione del rapporto di lavoro risulti da elementi certi e oggettivi (ad es., comunicazioni obbligatorie agli ispettorati del lavoro) indicati nel previsto decreto e con data di decorrenza della pensione, secondo i previgenti requisiti, entro 24 mesi dal 6 dicembre 2011 (data di entrata in vigore del d.l. n. 201/2011).

(23) Così una seconda salvaguardia è stata disposta con legge 7 agosto 2012, n. 135 (art. 22, comma 1); una terza con legge 24 dicembre 2012, n. 228 (art. 1, comma 231); una quarta e una quinta sono state previste dalle leggi n. 124, n. 125, n. 147 e n. 228/2013.

(24) Sul piano del diritto interno, la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire sin dalla sentenza n. 349 del 1985 che il principio della *certezza del diritto* e il connesso principio della *tutela dell'affidamento* del cittadino costituiscono «valori» riconosciuti dalla Costituzione, che il legislatore (come anche la p.a.) è tenuto a rispettare (ma vd. anche le sentenze n. 822 del 1988; n. 155 del 1990; n. 390 del 1995; n. 211 del 1997; n. 229 del 1999; n. 416 del 1999, nonché gli spunti contenuti nelle sentenze n. 210 del 1971 e n. 36 del 1985). La Corte costituzionale ha così chiarito che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (sentenza n. 349 del 1985, cit.); ha qualificato tale affidamento come «principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti» (sentenza n. 525 del 2000); ha confermato che, in linea generale, «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica – essenziale elemento dello Stato di diritto – non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori» (così la sentenza n. 446 del 2002, con statuizioni confermate dalle successive sentenze n. 168 del 2004 e n. 264 del 2005). Anche nell'ordinamento comunitario, il principio di affidamento si sostanzia nella legittima aspettativa, riconosciuta a ciascun soggetto operante in tale ordina-

dei soggetti protetti, in base alle disponibilità di bilancio e alla forza di pressione della *lobby* di turno.

Di più, ogni allargamento è stato segnato da una diversa tempistica, modulistica, procedura, con un incredibile dispendio di costi amministrativi (e mentali) (25).

mento, a che non si realizzi una irragionevole modificazione del quadro giuridico. Così la sentenza Corte Giust. Ce 14 settembre 2006, cause C-181/04 e C-183/04, ove si richiamano le statuizioni rese nelle precedenti sentenze 3 dicembre 1998, causa C-381/97, *Belgocodex*, in *Racc.*, p. I-8153, punto 26, e 26 aprile 2005, causa C-376/02, *Goed Wonen*, in *Racc.*, p. I-3445, punto 32. In tale ultima pronuncia, la Corte di Giustizia ha ribadito che tutte «le autorità nazionali sono perciò tenute a rispettare il principio della tutela del legittimo affidamento».

(25) Il tutto può essere rappresentato nel seguente quadro sinottico (fonte: Inca, febbraio 2014)

Categorie di lavoratori	Tipologia salvaguardia	Requisiti e condizioni soggettive
Lavoratori in mobilità ordinaria	1ª salvaguardia 65.000	Accordi sindacali stipulati prima del 4.12.2011; Cessazione attività lavorativa entro il 4.12.2011; Perfezionamento requisiti per il diritto a pensione entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità.
	2ª salvaguardia 55.000	Accordi sindacali stipulati in sede governativa entro il 31.12.2011; Cessazione attività lavorativa sia prima che dopo il 4.12.2011; Perfezionamento requisiti per il diritto a pensione entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità.
	3ª salvaguardia 10.130	Accordi sindacali stipulati entro il 31.12.2011; Cessazione attività lavorativa entro il 30.9.2012; Perfezionamento requisiti per il diritto a pensione entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità e in ogni caso entro il 31.12.2014.
	3ª salvaguardia 10.130	In mobilità ordinaria al 4.12.2011 e autorizzati alla contribuzione volontaria entro la predetta data; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 con prosecuzione volontaria; Nessuna rioccupazione successiva al termine della mobilità.
	5ª salvaguardia 17.000	In mobilità ordinaria al 4.12.2011 e autorizzati alla contribuzione volontaria dopo tale data; Perfezionamento dei requisiti per il diritto a pensione entro 6 mesi dal termine della mobilità mediante versamento volontario dei contributi (anche periodi eccedenti i 6 mesi precedenti la data di autorizzazione).
Lavoratori in mobilità lunga	1ª salvaguardia 65.000	Accordi sindacali stipulati prima del 4.12.2011; Cessazione attività lavorativa entro il 4.12.2011.
Lavoratori in mobilità in deroga	3ª salvaguardia 10.130	Accordi sindacali stipulati entro il 31.12.2011; Cessazione attività lavorativa entro il 30.9.2012; Perfezionamento requisiti per il diritto a pensione entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità e in ogni caso entro il 31.12.2014.
Titolari di prestazione a carico dei fondi solidarietà di settore	1ª salvaguardia 65.000	Titolarità prestazione straordinaria al 4.12.2011, ovvero Titolarità prestazione straordinaria da data successiva al 4.12.2011 sulla base di accordi stipulati entro il 4.12.2011 e con accesso alla prestazione autorizzato dall'Inps (a carico del fondo fino ad almeno 62 anni).

7. — *La nuova perequazione (parziale) delle pensioni* — La legge n. 214/2011 interviene anche sul meccanismo di indicizzazione: con il comma 25 viene abrogato l'art. 18, comma 3, della legge n. 111/2011

	2 ^a salvaguardia 55.000	Accordo stipulato entro il 4 dicembre 2011; Titolarità di assegno straordinario da data successiva al 4.12.2011 previa autorizzazione dell'Inps (a carico del fondo almeno fino a 62 anni).
Autorizzati alla prosecu- zione volonta- ria dei contri- buti	1 ^a salvaguardia 65.000	Autorizzazione alla prosecuzione volontaria al 4.12.2011; Almeno un contributo volontario accreditato/accreditabile al 6.12.2011; Nessuna attività lavorativa successiva alla data di autorizzazione; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.12.2013.
	2 ^a salvaguardia 55.000	Autorizzazione alla prosecuzione volontaria al 4.12.2011; Almeno un contributo volontario accreditato/accreditabile al 6.12.2011; Nessuna attività lavorativa successiva alla data di autorizzazione; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.
	3 ^a salvaguardia 10.130	Autorizzazione alla prosecuzione volontaria entro il 4.12.2011; Almeno un contributo volontario accreditato o accreditabile al 6.12.2011; Reddito annuo lordo complessivo non superiore a euro 7.500 riferito a qualsiasi attività lavorativa non riconducibile a rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato conseguito dopo il 4.12.2011; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.
	3 ^a salvaguardia 10.130	Autorizzati alla contribuzione volontaria al 4.12.2011 e in mobilità ordinaria entro la predetta data; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 con prosecuzione volontaria; Nessuna rioccupazione successiva al termine della mobilità.
	5 ^a salvaguardia 17.000	Autorizzazione alla prosecuzione volontaria al 4.12.2011; Almeno un contributo volontario accreditato/accreditabile al 6.12.2011; Attività lavorativa successiva al 4.12.2011 non riconducibile a lavoro dipendente a tempo indeterminato; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 (prima decorrenza utile 1.1.2014).
	5 ^a salvaguardia 17.000	Autorizzazione alla prosecuzione volontaria al 4.12.2011; Almeno un contributo accreditato per effettiva attività lavorativa tra l'1.1.2007 e il 30.11.2013; Attività lavorativa al 30.11.2013 non riconducibile a lavoro dipen- dente a tempo indeterminato; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 (prima decorrenza utile 1.1.2014).
Lavoratori in esonero dal servizio	1 ^a salvaguardia 65.000	Dipendenti statali in esonero dal servizio in corso alla data del 4.12.2011; ovvero con provvedimento di concessione dell'esonero dal servizio emanato antecedentemente al 4.12.2011.
	Interpretazione legge n. 125/2013	Dipendenti statali ed enti locali in esonero dal servizio in corso alla data del 4.12.2011; ovvero con provvedimento di concessione dell'esonero emanato a seguito di domanda presentata prima del 4.12.2011.
Lavoratori in congedo per assistere figli con disabilità	1 ^a salvaguardia 65.000	In congedo per assistenza figlio disabile alla data del 31.10.2011; Perfezionamento del requisito contributivo di 40 anni entro 24 mesi dalla data di inizio del congedo.

che aveva ridotto la perequazione automatica delle pensioni di importo superiore a 5 volte il trattamento minimo.

Contemporaneamente viene disposto, peggiorando la previsione della norma abrogata, che per gli anni 2012 e 2013 la rivalutazione delle pensioni è limitata esclusivamente ai trattamenti di importo complessivo fino a 3 volte il trattamento minimo Inps. Dunque nel corso del 2012 i trattamenti pensionistici di importo complessivo superiore a 1.405,05 euro lordi mensili non sono stati rivalutati.

È stata poi prevista una norma di salvaguardia per le pensioni di importo compreso tra 3 volte il trattamento minimo Inps e il medesimo

Lavoratori in congedo per assistere persona con handicap grave	4ª salvaguardia 9.000	In congedo ai sensi art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001 nel corso dell'anno 2011; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 (prima decorrenza utile 1.1.2014).
Lavoratori in permesso per assistere persona con handicap grave	4ª salvaguardia 9.000	Aver fruito, nel corso del 2011, dei permessi ai sensi dell'art. 33, comma 3, legge n. 104/1992; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015 (prima decorrenza utile 1.1.2014).
Lavoratori cessati in ragione di accordi individuali o collettivi di incentivo all'esodo	1ª salvaguardia 65.000	Cessazione per accordi individuali sottoscritti anche ai sensi degli articoli 410, 411 e 412-ter cod. proc. civ., o per accordi collettivi di incentivo all'esodo; Cessazione del rapporto di lavoro entro il 31.12.2011; Nessuna rioccupazione successiva alla data di risoluzione del rapporto di lavoro; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.12.2013.
	2ª salvaguardia 55.000	Cessazione per accordi individuali sottoscritti anche ai sensi degli articoli 410, 411 e 412-ter cod. proc. civ., o per accordi collettivi di incentivo all'esodo; Cessazione del rapporto di lavoro entro il 31.12.2011; Nessuna rioccupazione successiva alla data di risoluzione del rapporto di lavoro; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.
	3ª salvaguardia 10.130	Cessazione per accordi individuali sottoscritti anche ai sensi degli articoli 410, 411 e 412-ter cod. proc. civ., o per accordi collettivi di incentivo all'esodo stipulati entro il 31.12.2011; Cessazione del rapporto di lavoro entro il 30.6.2012; Reddito annuo lordo non superiore a euro 7.500 riferito a qualsiasi attività non riconducibile a rapporto di lavoro a tempo indeterminato conseguito successivamente alla data del 30.6.2012; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015;
	5ª salvaguardia 17.000	Cessazione per accordi individuali sottoscritti anche ai sensi degli articoli 410, 411 e 412-ter cod. proc. civ., o per accordi collettivi di incentivo all'esodo stipulati entro il 31.12.2011; Cessazione del rapporto di lavoro dopo il 30.6.2012 ed entro il 31.12.2012; Nessuna attività lavorativa riconducibile a rapporto di lavoro a tempo indeterminato dopo il 30.6.2012; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.

importo incrementato della rivalutazione automatica. In tal caso l'aumento di rivalutazione automatica è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite di 3 volte il trattamento minimo maggiorato dell'aumento di perequazione.

E qui, come già richiamato in dottrina (26), potrebbe intervenire la Corte costituzionale, posto che «la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo (l'adeguamento) esporrebbe il sistema a evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità, perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta» (27). Nel caso in questione il dubbio di costituzionalità nasce proprio dalla reiterazione a breve termine del blocco.

D'altra parte, la preoccupazione del legislatore di non far apparire questi provvedimenti come interventi di sistema è stata smentita dalla successiva normativa.

Nella legge di stabilità per il 2013, infatti, era prevista una clausola di salvaguardia, secondo cui, qualora non fossero state sufficienti le risorse accantonate per gli esodati, sarebbe scattato dal 2014 il blocco dell'indicizzazione delle pensioni superiori a sei volte il minimo Inps, e dunque superiori a circa 3 mila euro lordi mensili (art. 1, comma 236, legge n. 228/2012). Il che è puntualmente avvenuto.

	5ª salvaguardia 17.000	Cessazione per accordi individuali sottoscritti anche ai sensi degli articoli 410, 411 e 412-ter cod. proc. civ., o per accordi collettivi di incentivo all'esodo stipulati entro il 31.12.2011; Cessazione del rapporto di lavoro entro il 30.6.2012; Nessuna attività lavorativa riconducibile a rapporto di lavoro a tempo indeterminato dopo il 30.6.2012; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.
Lavoratori cessati per risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro	4ª salvaguardia 9.000	Cessazione del rapporto di lavoro tra il 1° gennaio 2007 e il 31.12.2011; Reddito lordo annuo da lavoro non riconducibile a rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato dopo la data di cessazione non superiore a 7.500 euro; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.
	5ª salvaguardia 17.000	Cessazione del rapporto di lavoro tra il 1° gennaio 2009 e il 31.12.2011; Anche se hanno svolto dopo la cessazione qualsiasi attività non riconducibile a rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato; Perfezionamento della decorrenza della pensione entro il 6.1.2015.

(26) Cfr. C.A. Nicolini, M. Cinelli, «Riforma-Monti» delle pensioni e dintorni, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 55; P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 24.

(27) La citazione è tratta da Corte cost., sentenza n. 316/2010.

In definitiva le pensioni più basse – comprese entro il triplo del trattamento minimo – sono state protette dall’inflazione, anzi a fine periodo (1995/2013) registrano un lieve incremento di circa il 2%. Quelle tra 4 e 5 volte il trattamento minimo mantengono il valore iniziale, salvo una leggera perdita a fine periodo, per effetto del blocco. Le pensioni di importo superiore a 5, dopo pochi anni, sono scese sotto il valore reale iniziale (28).

8. — *Conclusioni* — Da più parti è stata sottolineata la vicinanza della legge n. 214/2011 rispetto alle indicazioni comunitarie, avuto riguardo alla correlazione tra contributi versati, ammontare dei trattamenti e dinamiche demografiche; all’equiparazione di genere; alla stabilità del rapporto tra spesa pensionistica e prodotto interno lordo (29). E tuttavia il contesto italiano di riferimento è molto diverso da quello tedesco o scandinavo. È bene dunque fare mente locale.

La riforma Dini aveva una sua compattezza interna ma, nel contempo, una fragilità esterna.

La ragionevolezza era data dalla neutralità della formula di calcolo rispetto ai percorsi di carriera; dalla riduzione dei rendimenti impliciti, rendendo evidenti e contrattati i percorsi solidaristici, oltre la formula contributiva, attraverso un nuovo impianto di contribuzione figurativa (per i percorsi oramai socialmente condivisi di cura, studio, riqualificazione ecc.) e infine dalla correlazione della spesa pensionistica rispetto all’evoluzione del Pil.

Quest’ultimo aspetto ora mette in crisi l’adeguatezza delle prestazioni per effetto della decrescita settennale del Pil italiano; decrescita che si riflette sulle pensioni in sede di prima liquidazione in modo più che proporzionale, in ragione del calcolo della indicizzazione proiettato a ritroso su un arco temporale quinquennale.

La formula di calcolo, soprattutto, essendo specchio fedele dei percorsi di carriera (e di retribuzione) ipotizzava un’adeguatezza ancorata al trend del mercato del lavoro e della legislazione sociale (in favore dei soggetti svantaggiati).

All’opposto, sulla soglia del XXI secolo la proliferazione dei tipi negoziali, la persistenza di gravi differenziali retributivi uomo-donna e la

(28) Rapporto Cer-Spi 2013, *La difesa del potere di acquisto delle pensioni dall’inflazione: il ruolo dell’indicizzazione e del fiscal drag*, Roma, novembre 2013.

(29) Per indicazioni in tal senso, si rinvia a G. Geroldi, *Lavoro e protezione del reddito delle persone in età matura*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. n. 1-2, p. 168.

stagnazione complessiva dei redditi da lavoro hanno evidenziato la limitatezza dell'impianto originario (30).

Per la verità, la «legge Dini» presupponeva almeno la riforma degli strumenti di assistenza sociale; riforma che pure è intervenuta nel 2000 (31), e tuttavia solo in forma di legge-cornice, demandando all'autonomia regionale la concretezza degli interventi, dopo aver pretermesso il tema del *basic-income*, posto sin dalla metà degli anni ottanta (32).

D'altra parte, il reddito di ultima istanza non può fungere da salvacredito e da sostitutivo di ogni intervento sociale. Oggi occorre una ricomposizione dei tipi negoziali e una svolta di politica economica, volta a una redistribuzione dei redditi in favore del lavoro dipendente (anche con il supporto di un nuovo Piano del lavoro) (33).

Nel passo del gambero dell'ultimo legislatore appare invece evidente la sola preoccupazione di raggiungere, anno dopo anno, un rimarchevole effetto di cassa (34). E così dalla metà degli anni novanta anche in Italia, come in molti altri paesi europei, il legislatore si è mosso nella di-

(30) Su questi aspetti di sperequazione, soprattutto di genere, si rinvia a O. Bonardi, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012. Sull'adeguatezza delle prestazioni vanno segnalate in parziale controtendenza le seguenti osservazioni conclusive di S. Patriarca: «Il calcolo contributivo associato all'incremento dell'età pensionabile determina tassi di sostituzione netti che configurano prestazioni adeguate per la grande generalità del lavoro dipendente. Con una formula sintetica si può dire che il tasso di sostituzione netto prodotto dalla previdenza obbligatoria (per carriere e redditi medi) è equivalente circa al 2% netto per ogni anno di contributo accreditato [...] Il problema che si pone per l'oggi e per il futuro per garantire pensioni adeguate non è quello di rivedere i meccanismi di calcolo, quanto di intervenire nel mercato del lavoro in due direzioni: migliorare le condizioni di lavoro retributive e contributive di tutti i lavori e definire politiche adeguate che consentano la permanenza a lavoro in età più alte di 4 5 anni rispetto a oggi. Le politiche per l'invecchiamento attivo e per la tutela dei lavori con scarsa protezione sono la vera chiave per garantire pensioni adeguate, che il nostro sistema di definizione delle pensioni è in grado di offrire» (cit. da *L'adeguatezza del sistema pensionistico contributivo*, relazione al Seminario presso Scuola superiore di economia e finanze Ezio Vanoni, Roma, 10 ottobre 2011).

(31) Sulla legge n. 328/2000, vd. ancora R. Maggiani, *Il sistema integrato dell'assistenza*, Maggioli, Rimini, 2001.

(32) Vd., per tutti, G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e l'Europa*, Gruppo Abele, Torino, 2011; vd. altresì i contributi dello stesso Autore e di P. Bozzao in questo fascicolo di *q. Riv.*, rispettivamente pp. 337 ss. e pp. 327 ss.

(33) Su cui vd. il fascicolo monografico di *Quad. rass. sind.*, 2013, n. 1; L. Pennacchi, *La crisi cancella la piena e buona occupazione?*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. 1-2, p. 197.

(34) Di nuovo sintomatico, in tal senso, è il contemporaneo irragionevole aumento dell'età pensionabile e del coefficiente di trasformazione, a invarianza di ratei.

reazione di un sostanziale aumento dell'età pensionabile (oltre che in una riduzione dei trattamenti) (35). Un processo che ha portato a emersione un problema da tempo esistente, rimasto nascosto tra le pieghe dei pensionamenti anticipati e della mobilità lunga: la disoccupazione strutturale degli anziani. Un problema drammaticamente venuto alla ribalta dell'agenda politica per effetto dell'acuirsi della crisi occupazionale e del paradossale ulteriore incremento dell'età pensionabile, assieme all'abrogazione della pensione di anzianità e, in prospettiva, dell'indennità di mobilità (36), salvo poi allargare la platea dei beneficiari del vecchio regime.

Tutto questo è avvenuto con una serie scoordinata di microprovvedimenti, a episodica copertura finanziaria, con procedure barocche e

(35) Il dato statistico evidenzia un'età media effettiva di pensionamento sui cinquant'anni nei primi anni novanta e poco al di sopra dei sessanta nel 2010: G. Geroldi, *Lavoro e protezione del reddito delle persone in età matura*, in *Riv. pol. soc.*, 2013, fasc. n. 1-2, p. 182).

Sulla riduzione dei trattamenti vanno altresì considerati gli interventi di contorno dell'ultimo legislatore, ben coadiuvato dalla giurisprudenza e dalla prassi applicativa; in particolare vanno evidenziati:

- la dilatazione legislativa vessatoria, in materia di decadenza e della prescrizione (da ultimo censurata nella sentenza della Corte costituzionale n. 69/14);
- l'applicazione retroattiva della norma che ha reso onerose le ricongiunzioni contributive all'Ago e il trasferimento all'Ago dei contributi versati in gestioni alternative, non sufficienti a dare diritti nella gestione di appartenenza;
- la giurisprudenza della Cassazione che ha azzerato in materia di decadenza le garanzie in passato enunciate dalla Corte costituzionale, secondo cui la decadenza non può pregiudicare il diritto in sé, ma solo incidere sui ratei di prestazione che si collocano oltre i tre anni dalla domanda giudiziale;
- lo spregiudicato atteggiamento dell'Inps che disapplica l'art. 13, legge n. 412 del 1991, che limita il diritto al recupero di prestazioni indebite stravolgendo l'ambito di applicazione di una sentenza delle Sezioni Unite;
- il sistematico tentativo della difesa dell'Inps di invertire l'onere della prova, quando l'assicurato chiede la rettifica del trattamento accordato;
- la indebita iscrizione alla Gestione commercianti, utilizzando i dati acquisiti dal fisco, che non comprovano l'effettivo esercizio dell'attività in modo prevalente, per rastrellare contributi non dovuti;
- il ricorso spregiudicato (con l'avallo del ministero del Lavoro) a norme di falsa interpretazione autentica per azzerare gli esiti giurisprudenziali sfavorevoli all'ente.

(36) La bassa probabilità di rioccupazione, la breve durata degli ammortizzatori e il ritardato accesso alla pensione hanno incrementato notevolmente il rischio di povertà degli anziani, analogamente a Spagna e Grecia (Eurostat 2013 su dati del 2011; vd. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=Social_inclusion_statistics/de&stable=0&redirect=no).

sempre diverse di ammissione, con la massima incertezza nel diritto di accesso e con l'usuale riattivazione del circuito lobbistico-elettorale.

Compaiono evidenti i limiti di equità e di ragionevolezza, a monte e a valle della legge n. 214/11: la legittimità di un aumento *ex abrupto* dell'età pensionabile, senza fase transitoria; la ingiustificata disparità di trattamento tra esodati attuali (tutelati) ed esodati futuri (privi di tutele); la persistente assenza di una universale integrazione del reddito; la mancanza di una occupazione di ultima istanza.

Il legislatore italiano è intervenuto con incentivi contributivi volti a favorire l'occupazione di lavoratori anziani (37); essi tuttavia – oltre a creare distorsioni nei piani aziendali di assunzione, in danno dei soggetti non incentivati – non paiono adeguati alla bisogna.

D'altra parte, strumenti alternativi – migliorare l'occupabilità con la riqualificazione professionale – appaiono soluzioni apparenti in un contesto di carenza di domanda. Lo stesso può dirsi per la soluzione *part-time*/pensione anticipata, salvo particolari nicchie di mercato, e una doverosa maggiore tutela per i lavori usuranti. Quest'ultimo aspetta merita di essere seriamente rivisto dal legislatore futuro poiché l'aumento indifferenziato dell'età pensionabile appare una misura socialmente iniqua oltre che irragionevole, dati i differenti tassi di mortalità per i vari tipi di lavoro. Analogamente poco efficace sembra l'eventuale recupero della indennità di mobilità, in quanto poco selettivo; e quando anche si sottomettesse il potenziale beneficiario a un serio *means test* (con il nuovo Isee), detta indennità continuerebbe a essere uno strumento passivo.

Bisognerebbe invece porsi il problema di nuove forme di inserimento lavorativo degli anziani nel terzo settore, nell'area soprattutto dei servizi alla persona, in particolare in favore dei giovanissimi, nell'ottica di quella riconciliazione tra giovani e anziani che costituisce una delle principali sfide della nostra epoca.

Se il nostro non è un paese per vecchi e nemmeno per giovani, forse una nuova alleanza tra giovani e vecchi può dare corpo a una fuoriuscita dalla crisi nel segno dell'equità.

(37) Vd. art. 4, commi 8-11, legge n. 92/2012, e circolare Inps n. 111 del 24 luglio 2013, cui *adde* circolare Inps n. 2150/2013.

ABSTRACT

La riforma pensionistica costituisce un lungo itinerario che si snoda dal 1992 fino alla legge n. 214/2011, nota per la questione dei cd. esodati, ma ben più pregnante nei vari aspetti strutturali e costituzionali.

Il saggio ne ripercorre gli aspetti salienti centrando l'analisi sui tre temi cruciali: la formula di calcolo; l'età di accesso; il regime della perequazione; evidenziando altresì le soluzioni nell'attuale contesto di crisi: un'età differenziata di accesso alla pensione secondo i vari tipi di lavoro (e di mortalità), un basic income e soprattutto un Piano del lavoro, con l'inserimento degli anziani nel terzo settore.

THE CONTINUOUS PUBLIC PENSION REFORMS

The reforms of the public pension system, from 1992 to 2011, have caused many social problems – people without work, benefits and pension – with serious constitutional implications.

The present work focuses on three main problems of the current legislation: the criteria used to determine pension income, the age of access to pension, the pension dynamics after the age of access.

This work examines also several proposals: basic income, general work-planning and a differentiated access to pension in accordance with different types of work: manual or intellectual.

Olivia Bonardi (*)

LA NUOVA GOVERNANCE SOCIALE EUROPEA ()**

SOMMARIO: 1. I passi avanti del modello sociale europeo dopo il Trattato di Lisbona e i passi indietro delle condizioni di vita degli europei. — 2. Il coordinamento delle politiche economiche e delle politiche sociali. — 3. Il ruolo «complementare» della *governance* economica intergovernativa. — 4. La posizione della Corte di Giustizia. — 5. I paradossi della soluzione isolazionistica nazionale. — 6. Alla ricerca di una dimensione europea.

1. — *I passi avanti del modello sociale europeo dopo il Trattato di Lisbona e i passi indietro delle condizioni di vita degli europei* — L'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue della stessa efficacia giuridica dei trattati ha finalmente codificato il diritto di ogni cittadino europeo alla sicurezza sociale e a condizioni di vita dignitose (art. 34). Con tale statuzione, unitamente al riconoscimento dei diritti a una vita dignitosa e indipendente degli anziani (art. 25), all'inserimento sociale delle persone con disabilità (art. 26); alle prestazioni sanitarie (art. 36) e ai congedi di maternità e parentale (art. 33), si delinea un quadro di garanzie dei diritti di *welfare* davvero importante, ancorché, come si avrà modo di approfondire in prosieguo, bisognoso di implementazione. Inoltre, le clausole orizzontali contenute negli artt. 9, 10 e 14 TfUe segnano un ulteriore passo avanti della politica sociale europea, in quanto importano la sottoposizione di ogni azione e politica dell'Unione a una valutazione preliminare di rispetto dei diritti sociali fondamentali, in una logica assimilabile a quella del *gender mainstreaming*. A tali clausole viene riconosciuto un valore non meramente programmatico. In particolare, l'art. 9 TfUe imporrebbe alle istituzioni europee di dare conto dell'im-

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

(**) Una versione ridotta di questo scritto è destinata agli *Studi in memoria di Gianni Garofalo*.

patto sociale delle proprie iniziative e consentirebbe di sottoporre gli atti presumibilmente adottati in violazione della suddetta clausola al controllo di legittimità della Corte di Giustizia (1).

Nonostante tali importanti innovazioni, si è assistito negli ultimi anni a un grave incremento della diseguaglianza, in particolare nei paesi del sud dell'Europa (2). Sia il *Social Protection Committee* (SpC) (3), sia la Commissione (4) rilevano che ci si è decisamente allontanati dall'obiettivo di Europa 2020 di riduzione della povertà (5), al punto da indurre ad aprire una consultazione pubblica per la revisione della Strategia (6).

Le politiche di risanamento finanziario che sono seguite alla crisi hanno, come noto, determinato tagli e riduzioni dei sistemi di protezione sociale di rilevante entità (7). Secondo una valutazione condivisa, l'*austerità* ha posto in situazione di grave difficoltà i gruppi storicamente svantaggiati e discriminati e le persone che già in precedenza erano poste ai margini della società (8). L'inasprimento dei requisiti di accesso alle prestazioni di invalidità e il taglio ai sussidi per l'infanzia sono tra le

(1) U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 25 ss., e spec. p. 46; M.D. Ferrara, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 295 ss.

(2) E quanto avvenuto in particolare in Spagna, Grecia, Italia e Cipro. Cfr. Commissione europea, *Draft Joint Employment Report. Accompanying the Communication from the Commission on Annual Growth Survey 2014*, Com(2013)801 final.

(3) Vd. Social Protection Committee, *The social impact of the economic crisis and ongoing fiscal consolidation. Third report of the Social Protection Committee*, Luxembourg, 2012; e, più di recente, Social Protection Committee, *Social Policy Reforms for Growth and Cohesion: Review of Recent Structural Reforms 2013*, Luxembourg, 2013.

(4) Commissione europea, *Taking Stock of the Europe 2020 Strategy for Smart, Sustainable And Inclusive Growth*, Com(2014)130 final, e, già prima, Commissione europea, *Azione per la stabilità, la crescita e l'occupazione*, Com(2012)299 final.

(5) Annunciata da Commissione europea, *Taking Stock of the Europe 2020 Strategy for Smart, Sustainable And Inclusive Growth*, Com(2014)130 final.

(6) Commissione europea, *op. ult. cit.*

(7) Vd. i diversi contributi relativi a vari paesi pubblicati in *Ind. Law Journ.*, 2012, n. 3, e in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, n. 3.

(8) Vd. la comunicazione della Commissione, *Semestre europeo 2013: Raccomandazioni specifiche per paese. Far uscire l'Europa dalla crisi*, Com(2013)350 final, e, sul tema, C. O'Cinneide, *Austerity and the Faded Dream of a «Social Europe»*, in corso di pubblicazione in A. Nolan (a cura di), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cup, Cambridge, 2014, e disponibile in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534, p. 14; J. Leschke, *Has the Economic Crisis Contributed to More Segmentation in Labour Market and Welfare Outcomes?*, in *Working Paper*, n. 2012.02, Etui, Bruxelles, in www.etui.org, 2012, spec. p. 23.

misure più frequentemente adottate. In tutta Europa, inoltre, l'accesso alle prestazioni sanitarie e al *long term care* è diventato più difficile per la fascia più povera della popolazione e in generale è stato considerevolmente limitato a causa della riduzione della spesa (9). In pressoché tutti i paesi dell'Unione si sono registrati interventi volti a rivedere la disciplina pensionistica, in particolare mediante l'innalzamento dell'età pensionabile e l'introduzione di sistemi di blocco degli incrementi delle prestazioni piuttosto che di vere e proprie riduzioni dell'entità delle pensioni, soprattutto nei settori pubblici dei paesi che si sono avvalsi dell'assistenza finanziaria europea (10).

È molto discusso se il regresso delle condizioni di vita e di lavoro degli europei possa essere considerato conseguenza inevitabile di una crisi economica le cui cause stanno al di fuori del modello economico e sociale europeo e che le politiche europee si limitano a contrastare, come suggerito a più riprese dalle istituzioni europee (11), o se invece sussistano diverse ragioni di carattere endogeno e strutturale che sarebbero all'origine dell'attuale situazione (12). Non è possibile ed esula dalle competenze di chi scrive fornire risposte a simili quesiti; pare tuttavia utile osservare che il declino dei sistemi di *welfare* europei ha radici più profonde rispetto all'emergenza dettata dalla crisi, ed è considerato conseguenza di dinamiche più complesse, connesse tra l'altro all'erosione della solidarietà sociale e alla diffusione di un'etica individualistica, ai mutamenti demografici in atto, all'affidamento al mercato

(9) Vd. Commissione europea, *Draft Joint Employment Report. Accompanying the Communication from the Commission on Annual Growth Survey 2014*, Com(2013)801 final; vd. anche Commissione europea, *Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione, in particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020*, Com(2013)83 final, secondo la quale, insieme alle donne e ai minori, i disabili e gli stranieri sono tra i soggetti a maggiore rischio di povertà e di esclusione sociale.

(10) Vd. Commissione europea, *Draft Joint Employment Report. Accompanying the Communication from the Commission on Annual Growth Survey 2014*, Com(2013)801 final, ove si riporta in particolare che 23 dei 28 Stati membri hanno innalzato l'età pensionabile. La parificazione dell'età di pensionamento femminile a quella maschile è stata inoltre realizzata in Repubblica Ceca, Spagna, Grecia, Ungheria, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Slovenia, Slovacchia e Regno Unito.

(11) Vd. Commissione europea, *Semestre europeo 2013: raccomandazioni specifiche per paese. Far uscire l'Europa dalla crisi*, Com(2013)350 final.

(12) Vd., in proposito, L. Pennacchi, *Governance economica e governance sociale*, in q. Riv., 2012, I, p. 11; C. Pinelli, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in q. Riv., 2013, I, p. 231.

della funzione solidaristica, alla troppo stretta funzionalizzazione delle prestazioni sociali all'obiettivo dell'occupazione (13) e, in generale, alle diffuse dinamiche di aumento della diseguaglianza (14).

Nell'attuale contesto di crisi i sistemi di *welfare* restano comunque – almeno sul piano formale – saldamente nelle mani dei legislatori nazionali, ma risultano condizionati da una serie di politiche e provvedimenti di livello europeo tali da alterarne decisamente la struttura. In particolare, le misure di lotta all'esclusione sociale e di protezione sociale, già affidate al metodo del coordinamento aperto, risultano sempre più coinvolte nei processi di *governance* economica (15). Mentre si fa strada l'idea che il modello sociale europeo si stia appannando o che si sia quanto meno realizzato uno scarto tra la «retorica» dei diritti sociali e la realtà sottostante (16), con questo contributo si cercherà di verificare se e in che modo il nuovo assetto del diritto europeo, come risultante dall'intersezione tra i trattati europei e le altre misure di *governance* economica intergovernativa, abbia inciso sul quadro regolativo delle politiche sociali. La questione più rilevante che si pone in questo senso è quella della legittimità della richiesta di tagli ai sistemi di *welfare* per l'accesso all'assistenza finanziaria, sia sotto il profilo del rispetto delle competenze degli Stati membri, sia sotto quello, tutto interno al diritto Ue, della coerenza di tali richieste rispetto alla realizzazione dei fini dell'Unione.

L'analisi seguirà un approccio, per così dire, non convenzionale, nel senso che si tenterà di procedere a contrario rispetto all'impostazione classica seguita dagli studiosi del modello sociale europeo: anziché muovere dalle disposizioni relative alla politica sociale per verificarne l'incidenza sugli altri aspetti dell'integrazione europea, si muoverà dal

(13) Vd., su questi temi, C. O'Conneide, *op. ult. cit.*, pp. 9 ss.; Z. Bauman, *Lavoro, consumismo, nuove povertà*, Città aperta edizioni, Troina, 2005, p. 71.

(14) J. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013, spec. pp. 91 ss.; le analisi dell'Autore, riferite prevalentemente alla società americana, paiono sotto il profilo dell'analisi relativa al ruolo dei mercati e dei Governi nella creazione della disuguaglianza generalizzabili.

(15) E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi «genealogica»*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, pp. 580 ss.; nello stesso senso, ma con più ampio riferimento alle politiche sociali, vd. S. Borelli, *Le politiche del lavoro nazionali nell'ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea*, in *Lav. dir.*, 2012, pp. 465 ss.

(16) C. O'Conneide, *Austerity and the Faded Dream of a «Social Europe»*, in corso di pubblicazione in A. Nolan (a cura di), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cup, Cambridge, 2014, e disponibile in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534, p. 1.

lato opposto dell'analisi della politica economica per evidenziarne i nessi e le implicazioni di carattere sociale.

2. — *Il coordinamento delle politiche economiche e delle politiche sociali* — Il coordinamento delle politiche economiche con quelle sociali è previsto anzitutto all'art. 3 TfUe, ove si stabilisce che «Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali» secondo le modalità previste dal trattato stesso; l'art. 5 prevede la competenza dell'Unione in materia di coordinamento delle politiche occupazionali; l'art. 7 prescrive la coerenza tra i vari strumenti di azione dell'Unione di modo che le istituzioni europee, nell'esercizio delle loro competenze, siano tenute a considerare l'insieme degli obiettivi dell'Ue. Nessuna delle numerose disposizioni contenute nel Titolo VIII, dedicato alla politica economica e monetaria, fa riferimento a un possibile coordinamento con le politiche sociali, siano esse occupazionali o di altro genere. Men che meno, per il profilo che qui più interessa, si prevede un coordinamento con le politiche di protezione sociale. Solo all'art. 119 si parla della realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 3 TUe, ma si fa riferimento solo a misure di carattere economico. Nel Titolo IX in materia di occupazione, l'art. 146 stabilisce che gli Stati, mediante le loro «politiche in materia di occupazione, contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 145 in modo coerente con gli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione adottati a norma dell'articolo 121, paragrafo 2»; all'art. 147 compare una clausola generale, simile a quella contenuta nell'art. 9, in base alla quale «nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività dell'Unione si tiene conto dell'obiettivo di un livello di occupazione elevato», mentre all'art. 148 si ribadisce che gli orientamenti elaborati dal Consiglio nell'ambito del Mac devono essere coerenti con gli indirizzi di massima adottati in materia di *governance* economica. Sul piano generale, dunque, si può affermare che il condizionamento delle politiche economiche alle istanze di politica sociale si fonda sulle clausole generali di cui agli artt. 9 e 147.

Molto più ricche sono le disposizioni specifiche adottate nell'ambito della *governance* economica, il cui rafforzamento è stato oggetto di numerosi interventi, a partire dal Patto di stabilità e crescita del 1996, passando per il Trattato di Lisbona e per le più recenti modifiche adottate con la speciale procedura di modifica dei trattati di cui all'art. 48 TUe (su cui vd. par. 3).

Il diritto derivato si compone principalmente del semestre europeo e

dei regolamenti del cd. *Six Pack*, completati per la zona euro con il cd. *Two Pack*, entrato in vigore il 30 maggio 2013 (17). Per quanto qui interessa, questi provvedimenti prevedono una «consulenza integrata sulle politiche macrofinanziarie e macrostrutturali» (18). Si dispone che le principali istituzioni operanti nel campo sociale e, in particolare, il Comitato per l'occupazione e il *Social Protection Committee* siano consultati nel quadro del semestre europeo (19); si tratta tuttavia di una procedura debole, in quanto da svolgersi solo «laddove opportuno» e spesso non rispettata (20). Parimenti limitato è il coinvolgimento delle parti sociali, previsto solo sui principali temi programmatici.

Dall'analisi della normativa emerge un'asimmetria tra le forme di coordinamento, nel senso che si registra una maggiore attenzione, soprattutto nel diritto secondario, alle istanze provenienti dall'economia, con conseguente attribuzione del ruolo di variabile dipendente degli altri settori (21). Ciò appare particolarmente evidente anche in materia di occupazione, cioè nel settore delle politiche sociali maggiormente integrato con quello economico: l'attenzione particolare che il tema assume nei documenti europei pare direttamente finalizzata al raggiungimento degli obiettivi di crescita e risanamento. Anche per il settore del *welfare*, come si avrà modo di verificare tra breve, si registrano interventi prevalentemente funzionalizzati alle esigenze di risanamento economico.

Si devono inoltre rilevare persistenti interventi in ambiti tendenzialmente sottratti alla competenza dell'Unione europea. È il caso in particolare dell'attenzione posta sui salari (22), così come sulle riforme dei

(17) Sulla base di tali disposizioni, per i paesi della zona euro la sorveglianza coordinata dei bilanci si svolge già in autunno, cioè tra un semestre europeo e il successivo, al fine di garantire controlli preventivi e successivi costanti.

(18) Regolamento (Ue) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011.

(19) Insieme al Comitato economico e finanziario e al Comitato di politica economica.

(20) Come osservato dal Social Protection Committee, *Social Policy Reforms for Growth and Cohesion: Review of Recent Structural Reforms 2013*, Luxembourg, 2013.

(21) T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 597 ss., e spec. p. 603; S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, pp. 491 ss., e spec. p. 518.

(22) Vd. Commissione europea, *Draft Joint Employment Report. Accompanying the Communication from the Commission on Annual Growth Survey 2014*, Com(2013)801 final, ove si rileva che il salario minimo è stato abbassato in Grecia e bloccato in Portogallo. Per quanto riguarda i salari dei dipendenti pubblici, questi sono stati ri-

sistemi di *welfare*, che costituiscono una vera e propria variabile macro-economica e che, per questa via, diventano sempre più oggetto di valutazione da parte delle istituzioni della *governance* economica. Oltre alle raccomandazioni miranti ad aumentare la partecipazione al mercato del lavoro e al rafforzamento delle politiche attive, molti paesi (23) hanno ricevuto raccomandazioni specifiche riguardanti i meccanismi di fissazione dei salari e le misure di lotta alla povertà (24) e quasi tutti i paesi hanno ricevuto raccomandazioni riguardanti i sistemi pensionistici e sanitari. Gli indirizzi di massima lasciano tendenzialmente agli Stati qualche margine di discrezionalità e manovra, ma si traducono in indicazioni di tagli specifici quando si passa dalle procedure di coordinamento generale a quelle previste per i casi di *deficit* eccessivo e ai programmi di assistenza finanziaria. Ma con questo passaggio ci si inoltra in un (relativamente) diverso ambito giuridico, essendo le misure di assistenza finanziaria adottate nell'ambito di procedure intergovernative la cui riconducibilità al diritto Ue è tutta da verificare.

3. — *Il ruolo «complementare» della governance economica intergovernativa* — Il quadro delle interferenze tra politiche economiche e sociali non sarebbe completo se non si desse conto anche di quell'insieme di accordi e misure che non fanno parte formalmente del diritto dell'Unione ma su cui di fatto si sorregge l'intero sistema di stabilizzazione europeo. Dopo il primo *Greek Loan Facility Agreement*, nel maggio 2010 gli Stati appartenenti all'area euro si dotano di strumenti complementari di intervento finanziario: l'*European Financial Stabilisation Mechanism* (Efsm) e l'*European Financial Stability Facility* (Efsf). Quest'ultimo venne istituito con una riunione dei capi di Stato e di Governo dei paesi della zona euro, che si è tenuta in occasione della riunione del Consiglio europeo, ma al di fuori del diritto dell'Unione, per ragioni e con implicazioni su cui vale la pena soffermarsi. La scelta di collocarsi al di fuori dell'Ue è dovuta infatti all'inidoneità degli strumenti europei a fronteggiare la crisi, sotto i profili sia finanziario, sia politico, sia tecnico. Sotto il primo profilo, l'Efsm, ovvero il meccanismo istituito nell'ambito del

dotti in Grecia, Cipro, Ungheria, Irlanda e Slovenia, mentre sono stati bloccati in Spagna, Italia, Olanda e Portogallo.

(23) Belgio, Germania, Finlandia, Francia, Italia, Lituania, Slovenia. Vd. Commissione europea, *op. ult. cit.*

(24) Belgio, Bulgaria, Spagna, Ungheria Lituania, Lettonia, Polonia, Romania, e Regno Unito. Vd. Commissione europea, *op. ult. cit.*

diritto Ue, non disponeva di risorse adeguate, essendo queste dipendenti dal bilancio dell'Unione; un meccanismo esterno sarebbe stato invece finanziato direttamente dagli Stati e quindi avrebbe avuto (e in effetti ha avuto) maggiori risorse (25). Dal punto di vista politico, la scelta intergovernativa risolveva il problema dei paesi non appartenenti alla zona euro, che non volevano essere chiamati a rispondere delle turbolenze economiche di quest'ultima. Sul piano tecnico, infine, la stipulazione di un accordo internazionale era più veloce e semplice rispetto alla altrimenti necessaria revisione dei Trattati Ue (26). Il sistema pone però da subito dubbi di compatibilità con il diritto europeo, soprattutto sotto il profilo del rispetto della cd. *no-bail-out rule*, cioè del divieto da parte delle istituzioni europee e dei paesi membri di rilevare i debiti dei singoli Stati contenuto nell'art. 125 TfUE (vd. par. 4) e per l'incerta base giuridica utilizzata (l'art. 122 TfUE). Segue di conseguenza una revisione dell'art. 136 TfUE, volta a consentire agli Stati di istituire un ulteriore (più potente) sistema di sostegno finanziario: l'*European Stability Mechanism* (Esm). In base al Trattato del 12 febbraio 2012, l'Esm si configura come un'istituzione finanziaria internazionale – esterna all'Ue – i cui membri sono gli Stati dell'area euro e le cui finalità consistono nella mobilitazione delle risorse finanziarie condizionate all'adozione da parte dei beneficiari di rigidi programmi di correzione macroeconomica e della sottoposizione a sorveglianza costante.

La vicenda relativa all'istituzione dell'Esm pone in evidenza le difficoltà e i limiti strutturali insiti nella considerazione delle istanze solidaristiche, in particolare tra i popoli europei, nell'ambito delle politiche economiche dell'Ue. È noto che di solidarietà nel Trattato Ue si parla nel preambolo, nell'art. 2, ove questa compare tra i valori su cui si fonda l'Unione, e nell'art. 3, ove si fa riferimento alla solidarietà intergenerazionale e alla promozione della solidarietà tra gli Stati membri (27). Tra le disposizioni di carattere economico, un riferimento allo spirito di solidarietà tra gli Stati è contenuto nell'art. 122 TfUE, che al par. 1

(25) B. De Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 805; A. De Gregorio Merino, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: the Mechanisms of Financial Assistance*, *ivi*, 2013, pp. 1613 ss., e spec. p. 1615.

(26) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 805.

(27) Vd. anche le disposizioni del Capo I sulla politica estera e di sicurezza comune ove si parla di solidarietà politica tra gli Stati e l'art. 67 TfUE, relativo alla solidarietà tra gli Stati membri nei confronti dei cittadini dei paesi terzi.

attribuisce al Consiglio il compito di decidere misure adeguate in caso di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia, e al par. 2 la possibilità di concedere al singolo Stato assistenza finanziaria in caso di difficoltà o di minaccia «a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo». Al di là di tali circostanze eccezionali tuttavia la solidarietà non può andare: gli artt. 123 e 124 vietano a tutte le istituzioni e amministrazioni dell'Unione e degli Stati qualunque forma di facilitazione creditizia o accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie; mentre l'art. 125 introduce la cd. *no-bail-out rule*. È proprio la presenza di questa clausola, come si è accennato sopra, che spiega come sia stato necessario uscire dal diritto Ue per realizzare il meccanismo di stabilità.

L'assistenza finanziaria che viene concessa sulla base di questo meccanismo incide profondamente sui sistemi di *welfare*, giungendo a indicare persino gli importi precisi dei tagli da effettuare. Per farsene un'idea si consideri che alla Grecia si richiede l'eliminazione delle maggiorazioni pensionistiche concesse nei periodi pasquale, estivo e natalizio (da sostituire con un unico *bonus* di 800 euro) e la riduzione dell'8% delle pensioni eccedenti i 1.400 euro; all'Irlanda si richiedono risparmi per 750 milioni di euro nel 2011 sulle indennità di disoccupazione, la riforma immediata delle pensioni per neoassunti nel settore pubblico, la revisione del pensionamento anticipato di alcune categorie di lavoratori e la revisione del sistema di indicizzazione, la definizione della pensione sulla base dei guadagni dell'intera vita lavorativa, nonché l'innalzamento dell'età pensionabile mediante il suo raccordo alla *State Pension*; al Portogallo si richiede una riduzione dei contributi previdenziali e la definizione di un limite massimo di durata di 18 mesi del sussidio di disoccupazione (28).

Altri due trattati internazionali vengono sottoscritti insieme a quelli di assistenza finanziaria al fine di gestire la situazione di crisi. Il Patto *Euro Plus*, approvato dai capi di Stato e di Governo l'11 marzo 2011 e poi fatto proprio dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, mira al coordinamento delle politiche degli Stati per realizzare gli obiettivi della

(28) Vd., per la Grecia, il primo *Economic Adjustment Programme for Greece*, in http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp61_en.pdf, nonché il *Second Economic Adjustment Programme for Greece*, in http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp94_en.pdf; per l'Irlanda, vd. il *Memorandum of Understanding*, in http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/eu_economic_situation/pdf/2010-12-07-mou_en.pdf; per il Portogallo, vd. *The Economic adjustment program*, in http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp79_en.pdf.

competitività, dello stimolo dell'occupazione, della sostenibilità delle finanze pubbliche e della stabilità finanziaria e prevede interventi specifici, oltre che in materia di salari e relazioni industriali, anche su «pensioni, assistenza sanitaria e prestazioni sociali». Il patto stabilisce espressamente che in caso di scostamento dagli indicatori di sostenibilità di bilancio gli Stati debbano adottare delle riforme che «potrebbero comprendere» l'allineamento dell'età pensionabile alla speranza di vita, la limitazione dei pensionamenti anticipati e l'adozione di incentivi per l'assunzione di lavoratori anziani; misure che sono infatti state poste in essere nella maggior parte dei paesi (vd. par. 1). La scelta circa le misure da adottare formalmente compete agli Stati membri; tuttavia questi devono tenere conto «delle migliori prassi e dei parametri rappresentati dalle prestazioni migliori» e, come si è già osservato, le raccomandazioni del Consiglio non sono mancate. Al di là del dato formale del mantenimento della competenza in capo agli Stati membri si è quindi osservato come il patto consenta di raggiungere una nuova qualità del coordinamento economico (29) e come il sistema si caratterizzi per la «capacità condizionante» (30) delle istituzioni europee su materie di competenza nazionale.

Il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria, firmato il 2 marzo 2012 da 25 Stati Ue ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, cd. *Fiscal Compact*, prosegue lungo la direttrice del risanamento e della condizionalità chiedendo agli Stati di garantire l'equilibrio di bilancio «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (art. 3, comma 4), senza indicare le materie su cui intervenire.

L'insieme di queste disposizioni rappresenta l'asse portante delle politiche di austerità e del complessivo disegno di risoluzione della crisi economica europea caratterizzato proprio dall'utilizzo congiunto dell'assistenza finanziaria e del risanamento dei bilanci (31). I due stru-

(29) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 837.

(30) R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4 del 2012, p. 2; C. Barnard, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: a Labour Lawyer's Perspective*, in *Ind. law journ.*, 2012, pp. 98 ss., e spec. p. 113; S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 491.

(31) A. De Gregorio Merino, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: the Mechanisms of Financial Assistance*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1613 ss.

menti, considerati il germe di una nuova e più rafforzata Unione (32), però non sono collegati solo da un punto di vista politico, nel senso che solo il più stretto coordinamento economico ha consentito che si raggiungesse il consenso sull'assistenza finanziaria: come si vedrà tra breve, essi lo sono anche sul piano giuridico.

Il risultato complessivo dell'operazione è la sorveglianza «paternalistica» da parte degli Stati virtuosi su quelli che non lo sono. Le implicazioni in termini di tenuta del principio di solidarietà tra gli Stati membri sono state già sottolineate (33); si può ora aggiungere che l'insieme dei meccanismi di *governance* economica che sono stati delineati determinano una situazione in cui il rispetto delle competenze degli Stati membri e la discrezionalità di questi ultimi nel definire le loro politiche sociali, e in ultima analisi il loro livello di democrazia interna, sembrano inversamente proporzionali al loro grado di indebitamento. Che questo sia dovuto a responsabilità politiche di cattiva gestione o alle speculazioni finanziarie costituisce in tale contesto politico e normativo un elemento del tutto accidentale e irrilevante. Senonché è proprio sulle accuse di cattiva gestione economica che si è costruito il consenso politico intorno alle richieste di rigore e austerità che poi determinano la riduzione dello Stato sociale: l'affermazione tanto comune per cui interi popoli avrebbero vissuto «al di sopra delle loro possibilità» ha costituito la principale giustificazione addotta dagli Stati cd. virtuosi per esigere l'adozione di misure di *austerity* tali da compromettere l'accesso alla sicurezza sociale da parte delle fasce più bisognose dei popoli europei, che pur probabilmente vivendo al di sopra delle loro possibilità restavano comunque al di sotto del livello di povertà assoluto (34).

4. — *La posizione della Corte di Giustizia* — La Corte di Giustizia è stata chiamata in due occasioni a pronunciarsi sulla legittimità delle disposizioni nazionali, per lo più contenute nelle leggi finanziarie, che in esecuzione delle procedure di riduzione dei *deficit* eccessivi prevedevano tagli alle retribuzioni dei dipendenti pubblici. Si tratta in particolare di due ordinanze emesse nell'ambito di procedimenti riguardanti i lavoratori

(32) A. De Gregorio Merino, *op. ult. cit.*, p. 1615.

(33) C. Pinelli, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *q. Riv.*, 2013, I, p. 241.

(34) Vd., ad es., V. Da Rold., *Grecia, la cura da cavallo della Troika porta il primo surplus delle partite correnti. E qualche effetto collaterale*, in <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-02-19/grecia-cura-cavallo-troika-porta-primosurplus-partite-correnti-e-qualche-effetto-collaterale-172415.shtml?uuid=ABmRJbx>.

dipendenti di istituti bancari pubblici portoghesi (35), e i dipendenti del corpo di polizia romeno (36). Il Tribunale portoghese più in specifico chiedeva se la riduzione dei salari effettuata senza il consenso del singolo lavoratore fosse in contrasto con il diritto a condizioni di lavoro dignitose sancito dall'art. 31, in quanto in grado di porre in pericolo il livello di vita e gli impegni finanziari che i lavoratori e le loro rispettive famiglie avevano assunto prima della riduzione. Il Tribunale inoltre chiedeva se una riduzione dei salari imposta solo ai lavoratori del settore pubblico fosse in contrasto con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. In entrambe le ordinanze, la Corte si è sbrigativamente dichiarata incompetente, in quanto non si trattava di disposizioni di attuazione del diritto dell'Unione.

Il terzo caso, molto più complesso, in cui la Corte si è occupata della questione è stato sollevato dall'on. Thomas Pringle, membro del Parlamento irlandese e leader del *People's Movement*: un'organizzazione fortemente impegnata contro il processo di integrazione europea. Il ricorso non riguarda le misure di austerità richieste dagli Stati membri, bensì la conformità al diritto europeo dell'Esm, ovvero del sistema mediante il quale gli Stati dell'Uem ricevono assistenza finanziaria. Oggetto della decisione non è quindi la legittimità dei tagli alla sicurezza sociale bensì proprio la concessione del prestito, ovvero quella parte di accordi mediante i quali si realizza la solidarietà tra gli Stati e si tenta di ovviare ai limiti che questa incontra proprio nei Trattati Ue. Nonostante ciò, la decisione interessa sia per misurare in concreto quali siano i margini di solidarietà tra i popoli che il diritto europeo consente, sia perché riguarda direttamente anche la cd. condizionalità, ovvero l'imposizione agli Stati di rigidi vincoli di destinazione delle risorse e di impegni di spesa che incidono sulle possibilità per gli Stati membri di garantire sistemi di *welfare* adeguati.

Con la grossolanità inevitabile nel tentare di sintetizzare questioni così complesse (37), si può rilevare come la Corte di Giustizia giunga a

(35) Corte Giust. Ue 7 marzo 2013, ord., *Sindicato dos Bancarios do Nortem e al.*, C-128/12.

(36) Corte Giust. Ue 10 maggio 2012, ord., *Ministerul Administratiei si Internelor, Inspectoratul General al Politiei Române*, C-134/12.

(37) Il giudizio verte sulla legittimità della modifica dell'art. 136 TfUe (modifica che ha consentito l'istituzione dell'Esm) perché sarebbero state violate le competenze esclusive Ue in materia di politica monetaria. Il paradosso del sindacato di legittimità sotto il profilo del rispetto del trattato di una norma di modifica del trattato è solo apparente, in quanto la questione riguardava l'esperibilità della pro-

considerare l'Esm legittimo e non lesivo delle competenze dell'Unione ritenendolo parte della politica economica – quindi di competenza concorrente – e non di quella monetaria (di competenza esclusiva Ue). Da tale prima statuizione discende una serie di corollari particolarmente rilevanti ai fini che qui interessano. L'istituzione dell'Esm, esterno al diritto Ue, è legittima in quanto gli Stati membri sono liberi di esercitare, anche mediante il ricorso allo strumento intergovernativo, la loro competenza in materia economica, nella misura in cui tale esercizio non violi il diritto Ue. In altri termini, il fatto che la *governance* economica sia stata realizzata mediante accordi internazionali non implica una diversa valutazione giuridica: laddove gli Stati membri hanno competenza su una determinata materia, hanno logicamente anche la competenza a regolarla collettivamente mediante atti di diritto internazionale (38). Si realizza così, e nonostante la stretta connessione tra i vari accordi, una sostanziale «nazionalizzazione» delle politiche di *austerity*, nel senso che la responsabilità delle scelte (invero definite nel regime di partenariato con le istituzioni europee e internazionali) viene attribuita integralmente agli Stati membri.

Il secondo aspetto che va sottolineato della decisione della Corte riguarda l'indispensabilità della condizionalità. Per non contrastare con la clausola di *no-bail-out*, l'assistenza finanziaria non va intesa come una sorta di accollo dei debiti, di cui restano responsabili gli Stati membri, e può operare solo ove ciò sia indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La condizionalità, ovvero la sottoposizione a rigidi programmi finanziari, nei quali come si è visto si inseriscono le richieste di tagli ai sistemi di *welfare*, risulta un elemento essenziale in quanto costituisce l'anello di congiunzione tra l'assistenza e il risanamento finanziario. La prima infatti è legittima solo se indispensabile per la realizzazione della stabilità dell'intera zona euro, mentre questa può essere garantita solo mediante, appunto, il risanamento finanziario. Ciò non significa peraltro che siano anche vincolanti i contenuti di cui nelle procedure di *governance* economica le condizionalità sono state riempite: sotto questo profilo, la questione rimane del tutto aperta.

La decisione della Corte riguarda anche la legittimità dell'Esm sotto il profilo del rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, e in

cedura semplificata. Vd. B. De Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 807.

(38) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 834.

particolare del rispetto dell'art. 47, cioè del principio di certezza del diritto, che i giudici del rinvio ritenevano violato in quanto l'istituzione dell'Esm al di fuori del diritto Ue avrebbe l'effetto di sottrarlo al campo di applicazione della Carta, con conseguente privazione del diritto alla tutela giurisdizionale. La Corte dà una risposta affrettata e, come nei casi relativi ai tagli salariali portoghese e romeno, esclude che si stesse trattando di attuazione del diritto dell'Ue.

La sentenza *Pringle* ha sicuramente il merito di aver salvato l'Esm e con esso le stesse istituzioni europee dalle tendenze più euroscettiche e disgreganti (39); tuttavia per i profili che a noi interessano apre più questioni di quante ne chiuda. Sia che si ritenga, con la Corte, che la responsabilità della scelta circa le misure di *austerity* da adottare ricada esclusivamente sugli Stati membri, sia che, come si cercherà di dimostrare, si possa ritenere sussistente una responsabilità condivisa dalle istituzioni europee, la questione della legittimità dei tagli ai sistemi di *welfare* resta aperta.

5. — *I paradossi della soluzione isolazionistica nazionale* — Ricostruite le politiche di *austerity* in termini di esercizio di competenze nazionali da parte degli Stati membri (vd. par. 4), ci si può chiedere se i tagli da questi realizzati nei sistemi di *welfare* risultino conformi al diritto Ue o se questo non sia altrimenti vincolante.

Un limite generale è dato dal necessario rispetto in generale del diritto Ue e, in specifico, degli standard minimi stabiliti allo stesso livello europeo. È da sottolineare sotto questo profilo come la Corte di Giustizia abbia già avuto modo di precisare che la situazione economica di uno Stato membro non configura una circostanza eccezionale che possa giustificare un livello di protezione dei lavoratori inferiore a quello stabilito dalle direttive europee (40).

La questione pare più complessa ove si faccia riferimento a materie e istituti esclusi dalla competenza dell'Unione o sui quali comunque non sono adottate direttive di armonizzazione, come nei campi dell'inclusione e della protezione sociale. Qui, un primo limite di carattere generale può individuarsi nel principio di leale cooperazione, che esige non

(39) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 805; nello stesso senso, vd. S. Deakin, *Labour Standards, Social Rights and the Market: «Inderogability» Reconsidered*, in *Dir. lav. rel. ind.*, pp. 549 ss., e spec. p. 560.

(40) Corte Giust. Ue 25 aprile 2013, *Thomas Hogan e a. c. Minister for Social policy and Family Affairs*, C-398/11.

solo che gli Stati pongano in essere ogni azione necessaria per dare attuazione al diritto dell'Unione, ma anche di astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione (41). Si fa qui riferimento sia ai fini perseguiti dall'Unione e delineati nell'art. 3 TUE, sia agli atti di diritto derivato. Paradossalmente, si potrebbe dunque sostenere che le politiche di *austerity* e i tagli alla spesa sociale stabiliti nell'ambito dei programmi di *governance* economica sono illegittimi in quanto in grado di compromettere la realizzazione degli obiettivi di lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni e di promozione della protezione sociale e della parità tra donne e uomini, della solidarietà tra le generazioni e della tutela dei diritti del minore delineati dall'art. 3 TUE, nonché dell'obiettivo di riduzione della povertà stabilito dalla strategia Europa 2020.

Un altro limite può essere individuato nella garanzia del diritto alla protezione sociale di cui all'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali. La questione appare piuttosto complicata non solo sotto il profilo, sul quale si tornerà tra breve, del limite dell'applicabilità della Carta solo nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, quanto e prima ancora in ragione dell'indeterminatezza del diritto in questione, che porta ad attribuire alla norma una valenza prevalentemente programmatica. Si è osservato che se, da un lato, si può senz'altro ritenere sussistente e ben radicato nelle tradizioni comuni degli Stati membri il principio di sicurezza sociale, nel quale si sintetizza l'idea che i cittadini in caso di bisogno abbiano diritto di ricevere protezione dallo Stato (42), una serie di lacune rende tale diritto difficilmente esigibile, soprattutto in ragione delle tradizioni costituzionali attinenti alla limitata giustiziabilità dei diritti in questione, la cui definizione viene generalmente rimessa alla discrezionalità del legislatore. Si è affermato in questo senso che si tratterebbe di una sorta di «costituzionalizzazione parziale» (43). In effetti, l'art. 34 riconosce il diritto alla sicurezza sociale «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali» e sembrerebbe in questo modo aver condizionato il riconoscimento di veri e propri diritti soggettivi alla loro definizione in atti legislativi esecutivi. Tuttavia, se il

(41) J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 266.

(42) C. O'Conneide, *Austerity and the Faded Dream of a «Social Europe»*, in corso di pubblicazione in A. Nolan (a cura di), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cup, Cambridge, 2014, e disponibile in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317534, p. 2.

(43) C. O'Conneide, *op. ult. cit.*, p. 4.

ricorso alla categoria del diritto soggettivo è considerata «*unusuab*», si delinea comunque l'esistenza di un principio cd. di «*Sozialstaats*», che individua un limite fondamentale nella discrezionalità dei legislatori ordinari nel rispetto quanto meno del contenuto essenziale del diritto, di modo che provvedimenti regressivi che hanno l'effetto di collocare le persone al di sotto del minimo necessario per la tutela della dignità umana risultano illegittimi (44). Un ulteriore limite della discrezionalità dei legislatori viene individuato nel rispetto dei principi generali di proporzionalità e ragionevolezza e del principio di certezza del diritto, utilizzati tra l'altro dalla Corte costituzionale portoghese per dichiarare illegittimi i tagli alle pensioni e alle retribuzioni dei dipendenti pubblici (45). Valorizzando le tradizioni costituzionali comuni si potrebbe dunque tentare di riconoscere all'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue una valenza precettiva più forte rispetto a quella che gli è attualmente attribuita, nel senso che – in quanto ricognitiva dei diritti riconosciuti dagli Stati (e ancorché non da tutti gli Stati) – tale norma potrebbe essere considerata la base per dichiarare inapplicabili i provvedimenti che hanno l'effetto di escludere radicalmente le persone dai diritti di sicurezza sociale o di costringerle al di sotto della soglia di povertà assoluta.

Una simile interpretazione dovrebbe tuttavia misurarsi con la questione dell'inapplicabilità della Carta al di fuori dell'attuazione del diritto dell'Unione (art. 51), e si è visto che per questa ragione la Corte di Giustizia, nei casi di tagli di salari e pensioni portoghese e rumeno si è dichiarata non competente. Anche in altre occasioni, in particolare in *Association de médiation sociale* (46), la Corte ha ricercato l'esistenza di un nesso stringente tra la situazione analizzata e il diritto dell'Unione e si è altresì sostenuto che per riconoscere efficacia ai diritti sanciti dalla Carta sarebbe indispensabile la mediazione di una direttiva (47). Si

(44) *Ibidem*, ove si dà conto di diversi provvedimenti delle Corti costituzionali tedesca, portoghese, polacca, bulgara, croata, rumena, lettone, italiana e greca.

(45) Tribunal constitucional Portugal 5 luglio 2012, n. 353, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>; Tribunal constitucional Portugal, 5 aprile 2013, n. 187, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>; per un commento, vd. G. Coelho. P. Caro de Sousa, «*La morte dei mille tagli*». *Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 527 ss.

(46) Corte Giust. Ue 14 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, secondo la quale per riconoscere efficacia diretta a una disposizione della Carta occorre che questa sia «sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale».

(47) M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 141 ss.

tratta tuttavia di un orientamento che non è univocamente seguito dalla Corte di Giustizia, che in altre occasioni ha adottato soluzioni differenziate (48). In particolare questo è avvenuto in sede di applicazione dei divieti di discriminazione, con riferimento ai quali pare ormai si possa sostenere che questi costituiscono di per sé una competenza trasversale dell'Unione tale da consentire un intervento anche in campi tradizionalmente riservati agli Stati membri. Si potrebbero dunque ritenere inapplicabili i provvedimenti aventi un impatto direttamente o indirettamente discriminatorio nei confronti dei gruppi protetti dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (49). Inoltre, sul piano generale, si è autorevolmente sostenuto che l'espressione «attuazione del diritto dell'Unione» dovrebbe essere collegata alla sussistenza di una competenza – esclusiva o concorrente – dell'Unione, a prescindere dal suo concreto esercizio (50). Che si tratti della competenza in materia di *governance* economica o di protezione sociale, dunque, secondo questa interpretazione, la Carta dovrebbe ritenersi applicabile.

Ancora più efficacemente, si è recentemente riconosciuta alla Corte di Giustizia una competenza generale a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, anche contro gli Stati membri e su materie di esclusiva competenza di questi ultimi, che deriverebbe non dall'applicazione della Carta dei diritti fondamentali per il tramite dell'art. 6 TUE, bensì direttamente sulla base degli artt. 2 TUE e 20 TFUE. La tesi si fonda sul diritto di cittadinanza e sulla giurisprudenza secondo la quale non appare possibile privare i cittadini dei diritti derivanti dal loro *status* (51). Si ritiene, in altri termini, che la sistematica violazione del nucleo essenziale dei diritti umani fondamentali (art. 2 TUE) da parte di qualsiasi autorità pubblica sul territorio dell'Unione costituisca una violazione

(48) Vd., in particolare per quanto riguarda le materie lavoristiche, Corte Giust. Ue 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07; in generale sul tema, vd. A. von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2012, pp. 489 ss., e spec. p. 494, e M. Barbera, *Il principio di uguaglianza nel sistema europeo «multilivello»*, in www.europeanrights.eu, 2012, p. 1.

(49) Sia consentito rinviare a O. Bonardi, *Sistemi di welfare e principio di uguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 60; sul tema, vd. anche M. Barbera, *op. ult. cit.*, p. 1.

(50) Vd. le conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston del 30 settembre 2010, in *Zambrano*, C-34/09.

(51) Il riferimento è a Corte Giust. Ue 8 marzo 2011, *Zambrano*, C-34/09, che ha ritenuto illegittimo il divieto di soggiorno di cittadini extraUe in quanto ciò avrebbe privato il figlio minore cittadino Ue del diritto di restare nell'Unione, ma vd. anche Corte Giust. Ue 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10.

dell'art. 20, a prescindere dalla sussistenza di elementi di transnazionalità o dalla connessione con altre disposizioni del diritto Ue. Ciò perché le disposizioni di cui all'art. 2 (assistite dalle sanzioni di cui all'art. 7 TUE) esigono che l'Unione protegga i propri cittadini anche contro gli eccessi degli Stati membri che avrebbero come conseguenza quella di privare di significato pratico la cittadinanza (52). Si precisa che non ogni violazione dei diritti fondamentali può essere considerata lesiva della cittadinanza europea, in quanto così opinando si finirebbe con l'aggravare il limite sancito dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Si suggerisce quindi di risolvere il problema applicando al contrario la teoria dei controlimiti elaborata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca: in linea generale il cittadino europeo non può invocare la Carta dei diritti fondamentali perché si presume che i suoi diritti siano protetti adeguatamente al livello nazionale, ma questa presunzione può essere superata quando il nucleo essenziale dei diritti fondamentali, quale desumibile dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e così come delineato in modo più ristretto dall'art. 2 TUE, è sistematicamente compromesso. Provando a riferire tale dottrina ai diritti di sicurezza sociale, e alla luce delle considerazioni svolte sopra circa il nucleo essenziale del diritto, si potrebbe giustificare l'intervento della Corte Ue quanto meno nei casi di totale esclusione di determinati soggetti o gruppi svantaggiati dal godimento dei diritti di previdenza e assistenza generalmente riconosciuti, sia per motivi discriminatori sia per altre ragioni, oppure di riduzione dell'entità delle prestazioni tali da compromettere le possibilità di sussistenza della persona al limite della soglia di povertà assoluta.

6. — *Alla ricerca di una dimensione europea* — L'attribuzione agli Stati della responsabilità delle politiche di *austerity* non pare affatto convincente, anzitutto sul piano dell'opportunità politica, non solo in considerazione dell'isolamento in cui pone gli Stati in maggiore sofferenza finanziaria, ma anche perché un'opzione a favore di sistemi di *welfare* forti può andare ben oltre la mera funzione di stabilizzatore economico: l'utilizzo della leva redistributiva per ridurre la disegualianza e l'esclusione sociale costituisce anche un tassello fondamentale di un più ampio e necessario processo di rilegittimazione democratica delle istituzioni europee (53).

(52) A. von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *op. ult. cit.*, p. 500.

(53) Vd., per tutti, J. Habermas, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, in A.M. Groselier, B. Hacker, W. Kowalsky, J. Machnig, H. Meyer, B. Unger, *Road-*

Sul piano giuridico, la ricostruzione in termini di scelte nazionali delle politiche di *austerity* stride con la coincidenza che si registra tra le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione e le misure di condizionalità definite dall'Esm. Si è parlato in proposito di sovrapposizioni (54), e si è posta in evidenza la strumentalità del meccanismo di assistenza al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione (55); si è altresì sottolineato il ruolo rilevante attribuito alle istituzioni europee (Commissione e Banca centrale europea) nella gestione dell'assistenza finanziaria, nonché la coincidenza delle persone fisiche che siedono nelle istituzioni dell'Esm e nell'eurogruppo (56): di fatto i documenti di coordinamento europeo contengono numerosi rinvii agli atti intergovernativi, al punto che non appare più possibile tracciare una linea di confine netta (57).

Una volta ricondotti i provvedimenti di *austerity* anche al diritto Ue, se ne dovrebbe dedurre la sottoposizione ai principi e limiti di carattere generale di quest'ultimo, e in particolare della clausola sociale di cui all'art. 9 TfUE: le istituzioni europee e gli Stati devono tenere conto, nel definire le condizionalità nei confronti dei richiedenti assistenza finanziaria, delle esigenze connesse alla promozione di un elevato livello di occupazione e della garanzia di un'adeguata protezione sociale. Una delle conseguenze fondamentali a cui è giunta la Corte di Giustizia nel caso *Pringle* e condivisa da tutta la dottrina è quella secondo cui le misure di condizionalità previste nell'ambito dell'Esm devono necessariamente essere coerenti con quelle previste nell'ambito della *governance* economica europea, altrimenti si dovrebbe concludere che è stato costituito un meccanismo di coordinamento alternativo e concorrente a

map to a Social Europe, ottobre 2013, in <http://www.social-europe.eu/reports-2/ser-ii-roadmap-to-a-social-europe/>, p. 4; A. von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *op. ult. cit.*, p. 489.

(54) Vd. la presa di posizione dell'Avvocato Generale Kokott del 26 ottobre 2012, *Pringle*, C-370/12, cit.

(55) A. De Gregorio Merino, *Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: the Mechanisms of Financial Assistance*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1621.

(56) B. De Witte, T. Beukers, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 814.

(57) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 834, secondo i quali con il *Two Pack* l'Esm sarebbe definitivamente stato attratto nell'ambito del diritto Ue; vd. anche S. Deakin, *Labour Standards, Social Rights and the Market: «Inderogability» Reconsidered*, in *Dir. lav. rel. ind.*, p. 559, il quale considera le politiche salariali *«part of the same shifts»*.

quello dell'Unione, ciò che andrebbe a detrimento della competenza di quest'ultima (58). Si tratterebbe ora di fare un passo avanti in questo senso e riconoscere che le politiche di *governance* economica devono risultare pienamente coerenti anche con gli obiettivi generali e sociali dell'Unione. Più in specifico, i requisiti di condizionalità dovrebbero risultare rispettosi dei diritti fondamentali e del vincolo imposto dalla clausola sociale, perché ove si sostenesse che le istituzioni europee non sono tenute, quando operano nell'ambito dell'Esm, al rispetto di tali diritti e vincoli, si porrebbero seri dubbi circa il rispetto del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE. Se quest'ultimo vieta che si realizzino dei conflitti tra le politiche dell'Unione, il principio di supremazia esige che le disposizioni adottate nell'ambito dei meccanismi intergovernativi ricadano sotto il diritto Ue esattamente alle stesse condizioni di quelle nazionali (59). Una ricaduta immediata della tesi dell'incorporazione delle misure di *austerity* nell'ambito delle politiche europee è quindi il mutamento importante del tipo di controllo che la Corte di Giustizia è chiamata a effettuare: non si tratterebbe più infatti di interpretare il diritto europeo al fine di consentire al giudice nazionale di verificare la compatibilità della specifica misura di *austerity* adottata dal singolo Stato, ma di valutare direttamente la legittimità dei requisiti di condizionalità stabiliti dalle istituzioni europee nell'ambito della *governance* economica, con un giudizio molto più simile a quello di legittimità esercitato dalle Corti costituzionali nazionali e molto meno abituale nella giurisprudenza della Corte Ue, ma non del tutto infrequente, nemmeno in materia sociale (60).

In conclusione si può ritenere che alla luce delle disposizioni poste a salvaguardia dei diritti fondamentali di cui agli artt. 2 e 6 TUE, nonché della clausola generale di cui all'art. 9, sia necessaria un'interpretazione correttiva di quell'asimmetria attualmente esistente tra politiche di *governance* economica e di politica sociale (par. 2) che ha portato a trascurare considerevolmente, nell'ambito della definizione delle strategie di uscita dalla crisi, gli effetti e le conseguenze delle politiche di *austerity* sul benessere dei popoli europei. Da questo punto di vista, una delle misure di possibile immediata attuazione che è stata proposta è l'incor-

(58) B. De Witte, T. Beukers, *op. ult. cit.*, p. 824; A. De Gregorio Merino, *op. ult. cit.*, p. 1635.

(59) A. De Gregorio Merino, *op. ult. cit.*, p. 1635.

(60) Si vd., ad es., Corte Giust. Ue 7 marzo 2012, *Test-achats*, C-577/11, e già il *leading case* Corte Giust. Ce 12 novembre 1996, *Regno Unito c. Consiglio*, C-84/94.

porazione dei *target* sociali e l'utilizzo degli indicatori sociali relativi alla disoccupazione, alla povertà e alla disegualianza (ma si può aggiungere anche alla salute e all'accesso alle cure) nell'ambito delle raccomandazioni e più in generale delle procedure di *governance* economica (61). Si giunge in questo modo a invertire la prospettiva, non domandandosi più se sia la dimensione sociale europea a dover essere compatibile con la nuova *governance* economica, ma quale sia il tipo di *governance* economica in grado di dare piena attuazione al modello sociale europeo (62).

Si tratta tuttavia di soluzioni insufficienti. Sebbene il diritto dell'Unione contenga già *in nuce* gli strumenti per una maggiore considerazione delle istanze di politica sociale nell'ambito della *governance* economica, i destini dei sistemi di *welfare* risultano appesi a un filo troppo sottile. L'ambiguità delle clausole generali e del campo di applicazione della Carta richiederebbero un intervento coraggioso della Corte di Giustizia. Sicuramente complice la necessità di salvaguardare il meccanismo di assistenza finanziaria e con esso la moneta europea dalle tendenze più disgreganti, l'atteggiamento di chiusura che i giudici europei hanno mostrato verso il *turn to the law* di chi si è visto negare l'accesso ai propri diritti fondamentali non pare dare segnali incoraggianti.

Né le altre istituzioni europee sembrano, allo stato attuale, dirigersi verso una maggiore considerazione dei *target* sociali nella definizione della *governance* economica o dare altrimenti segni di rinnovamento. L'unica questione di carattere sociale che viene presa in considerazione è quella relativa alla disoccupazione; questione che comunque finisce col disperdersi e confondersi con i più generali discorsi di carattere economico. Nonostante si prenda sempre più frequentemente atto del fallimento degli obiettivi sociali delineati dalla strategia Europa 2020, tra le misure che si prospettano per il 2014 – dopo le politiche di crescita, la soluzione delle problematiche connesse alla frammentazione della regolazione finanziaria, e la ripresa della competitività – fanno capolino nuove riforme per facilitare l'occupabilità, prevenire i prepensionamenti, ridurre il costo del lavoro e la segmentazione del mercato del lavoro. Un armamentario davvero limitato rispetto alle sfide che l'incre-

(61) Social Protection Committee, *Social Policy Reforms for Growth and Cohesion: Review of Recent Structural Reforms 2013*, Luxembourg, 2013; nello stesso senso, vd. B. Segol, *Why We Need an Ambitious Social Europe*, in A.M. Groselier, B. Hacker, W. Kowalsky, J. Machnig, H. Meyer, B. Unger, *Roadmap to a Social Europe*, ottobre 2013, in <http://www.social-europe.eu/reports-2/ser-ii-roadmap-to-a-social-europe/>, p. 48.

(62) W. Kowalsky, H. Meyer, *Introduction*, in A.M. Groselier, B. Hacker, W. Kowalsky, J. Machnig, H. Meyer, B. Unger, *op. ult. cit.*, p. 2.

mento della diseguaglianza pone e che induce a ritenere necessario un più ampio processo di revisione dei meccanismi di funzionamento delle istituzioni europee. Il sistema di *governance* economica ha indebolito non solo i sistemi di *welfare*, ma prima ancora il controllo del Parlamento europeo e di quelli nazionali, così come quello dei corpi intermedi e della società civile sulle scelte politiche fondamentali. Non pare dunque più possibile discutere della dimensione sociale europea senza tenere presente il contesto del più ampio dibattito riguardante il futuro della democrazia europea.

ABSTRACT

Mentre le misure di austerità hanno determinato pressoché in tutti i paesi europei un regresso dei sistemi di sicurezza sociale, e mentre si fa strada l'idea che il modello sociale europeo si stia appannando o che si sia quanto meno realizzato uno scarto tra la «retorica» dei diritti sociali e la realtà sottostante, in questo saggio si cerca di verificare se e in che modo il nuovo assetto del diritto europeo, come risultante dall'intersezione tra i trattati europei e le altre misure di governance economica intergovernativa, abbia inciso sul quadro regolativo delle politiche sociali. La questione più rilevante che si pone in questo senso è quella della legittimità della richiesta di tagli ai sistemi di welfare per l'accesso all'assistenza finanziaria, sia sotto il profilo del rispetto delle competenze degli Stati membri, sia sotto quello, tutto interno al diritto Ue, della coerenza di tali richieste rispetto alla realizzazione dei fini dell'Unione.

EUROPEAN AUSTERITY STRATEGY AND WELFARE POLICY

The European austerity has led to a regression of the welfare state in most of the European Countries, and the idea that the European social model is fading and that there is now a gap between the «retoric» of social rights and the underlying reality is gaining ground. This essay analyses whether and how the new structure of the European economic governance, as resulting from the interaction between the European Treaties and other Intergovernmental measures, has led to important changes of the regulatory framework of social policies. The most puzzling question that arises in this regard concerns the consistency of the request of cuts to welfare systems and other conditionality measures, on one hand, with the respect of member states competencies, and on the other hand, with the objectives and principles of the Union.

Michele Faioli (*)

**DEPRIVAZIONE MATERIALE, ASSISTENZA SOCIALE
E DIRITTI SULLE COSE**

*«What has the expression of a rule – say a sign-post –
got to do with my actions?
What sort of connection is there here?
Well, perhaps this one:
I have been trained to react to this sign in a particular way,
and now I do so react to it»*
L. Wittgenstein

SOMMARIO: 1. Mezzi necessari per vivere. Osservazioni introduttive sul presupposto della tutela assistenziale in Italia (e in Europa) tra diritti sociali a soddisfazione necessaria e bilanciamento costituzionale (art. 38, comma 1, Cost., e art. 81, art. 97, art. 117 Cost. – *post regime* 2014). — 2. Inabilità al lavoro. Apporto critico sulla nozione giuridica. — 3. Discipline esistenti. Invalidità civile. Cecità. Sordomutismo. Assegno sociale. Sistema integrato di servizi sociali e regionalismo sociale. Altri strumenti (pacchetto Giovannini). — 4. *Welfare magnets*. Prospettive del bismarckismo giuridico vs le nuove intuizioni normative in materia di assistenza (il caso della Regione Lazio). Note conclusive.

1. — *Mezzi necessari per vivere. Osservazioni introduttive sul presupposto della tutela assistenziale in Italia (e in Europa) tra diritti sociali a soddisfazione necessaria e bilanciamento costituzionale (art. 38, comma 1, Cost., e art. 81, art. 97, art. 117 Cost. – post regime 2014)* — La deprivazione materiale, con spinte a una sorta di simmetria strutturale con l'esclusione sociale (1), è

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Tor Vergata e docente di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica.

(1) Per uno studio recente sulla deprivazione materiale in Europa si rinvia a C.T. Whelan, B. Maître, *Understanding Material Deprivation in Europe: A Multilevel Analysis*, in *Gini Discussion Paper*, n. 37, 2012; per una ricostruzione ampia della nozione di esclusione sociale si vd. I. Begg, J. Berghman, *Introduction: EU social (exclusion) policy revisited?*, in *Journal of European Social Policy*, n. 12, 2002, pp. 179-194. Si vd. anche, per una ricostruzione sul sistema italiano, P. Sandulli, *Disagiate condizioni eco-*

il presupposto della disciplina mediante cui si articola la tutela assistenziale in Italia, in conformità (attuale e potenziale) all'art. 38, comma 1, Cost. Tale deprivazione materiale possiede almeno un triplice rilievo giuridico. Da una parte, in senso assoluto, la deprivazione materiale determina un disagio sociale da eliminare mediante schemi assistenziali di varia natura. Dall'altra, in senso relativo-individuale, la deprivazione materiale crea una vicenda gerarchica tra condizioni individuali caratterizzanti disparità, disuguaglianze e ostacoli di fatto per la persona rispetto a cui si deve, per norme costituzionali (artt. 2, 3, 4, 38 Cost.), porre un rimedio. Da ultimo, in senso relativo-collettivo, anche per effetto del secondo rilievo appena menzionato, la deprivazione stabilisce il collegamento tra prestazioni assistenziali e titolarità al relativo diritto, essendo stata introdotta una misurabilità reddituale (*means tested*), che è tendenziale, con strumenti complessi e in continua mutazione regolamentativa (2). Il primo rilievo si fonda su uno schema, il quale, valutato comparativamente rispetto ad altri ordinamenti europei (3), dispone una regola comune per cui l'eliminazione del disagio sociale muove dalla connotazione della deprivazione materiale per fini di redistribuzione del reddito (più diffusa è la deprivazione materiale, più diretto, veloce ed efficace, deve essere l'accesso alle prestazioni assistenziali per evitare disordini). Il secondo rilievo giuridico impone di misurare la deprivazione materiale per evitare abusi (se esiste «quella» deprivazione materiale, allora vi è un diritto alla prestazione assistenziale). È questo secondo rilievo quello più ricollegabile al sistema dei diritti sulle cose, alla definizione di proprietà, al tramonto della nozione unitaria di proprietà e alle «nuove» proprietà. Il terzo rilievo giuridico connota gli esclusi per ragioni di bilancio e sostenibilità finanziaria della gestione assistenziale (se la deprivazione materiale non raggiunge certi livelli, non si accede alla prestazione). Qui si interseca altresì il terzo rilievo con la misurazione reddituale (*means tested*), e dunque con la valutazione dell'intero patrimonio del soggetto, considerati tutti i relativi valori attivi. I diritti all'assistenza sociale sono, dunque, in questa visione, in qualche modo, diretto o indiretto, influenzabili dagli statuti differenziati dei beni della persona e, di

nomiche e sicurezza sociale, in *Dir. lav.*, 1989, n. 5, pp. 291-303, e Id., *L'azione comunitaria contro la povertà*, in q. *Riv.*, 1985, I, pp. 291-307.

(2) Si vd. la normativa che ha modificato l'Isee, di cui al recente d.P.c.m. del 3 dicembre 2013.

(3) Sulla comparazione, si vd. D. Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International, The Hague, 2006.

conseguenza, dal complesso dei diritti esercitabili dalla persona sulle cose, anche in vista della verifica della deprivazione materiale. Ma, allora, con riferimento specifico a questo terzo rilievo, perché il diritto si deve occupare di deprivazione materiale (e/o esclusione sociale) nell'ambito dell'assistenza sociale? È sufficiente oggi prendere in considerazione in via privilegiata la connessione tra assistenza, deprivazione e diritti sulle cose? Non vi è, forse, anche un legame da consolidare tra assistenza e strumenti di promozione del lavoro? E ancora esiste una connessione tra deprivazione materiale e assistenza sociale alla luce dell'art. 38, comma 1, Cost. e dei «riformati» art. 81 e art. 97, comma 1, Cost. (regime 2014), anche in relazione all'art. 117, comma 1, Cost.? Qual è la nozione giuridica costituzionale che oggi assorbe i tre rilievi giuridici appena indicati a riguardo? Di quale tipo o forma di deprivazione materiale stiamo trattando, vista la connessione tra questa e l'assistenza sociale alla luce dell'art. 38, comma 1, Cost. e dei «riformati» art. 81 e art. 97, comma 1, Cost.? La deprivazione materiale è nozione pluralistica, multipla, mutevole, non autodeterminantesi, problematica e non determinativa di situazioni. La connessione tra deprivazione materiale e assistenza sociale è tutta in questo elenco. Tuttavia, anche in questo caso è utile, alla luce delle più recenti indicazioni di sistema, effettuare delle distinzioni concettuali. La prima distinzione è tra deprivazione materiale ed esclusione sociale. Il che, essendo più attinente agli studi di carattere statistico-sociologico, non sarà oggetto di questo studio, intendendo in ogni caso la prima assorbente tendenzialmente la seconda. La seconda distinzione è tra deprivazione materiale dell'individuo e deprivazione materiale di gruppi o collettività definite per aree geografiche o criteri di razza, etnia, religioni, orientamenti filosofici, rilievi antropologici ecc. Siamo qui in un ambito di carattere economico-sociale. Per alcuni versi, essa potrebbe riguardare anche il diritto amministrativo. La terza distinzione concettuale è tra deprivazione materiale e mezzi necessari per vivere (non essere provvisti di). Su questa ultima distinzione, il diritto ha nel tempo fatto sedimentare una serie di riflessioni che hanno conformato orientamenti di prassi gestionale e di giurisprudenza. Su di essa, pertanto, si concentrerà lo sforzo di analisi di questo saggio. Nel diritto amministrativo è rilevante la deprivazione materiale, nel senso di essere sprovvisti di mezzi necessari per vivere, sia essa individuale o collettiva, perché è affidato alla pubblica amministrazione, intesa in senso lato, ricomprendendo in essa anche enti privati con funzioni pubbliche, il compito, mediante erogazione di provvidenze e/o servizi, nei vari livelli di competenza (nazionale, regionale, comunale), di attuare misure di preven-

zione e di regolare la redistribuzione della ricchezza. Nel diritto del lavoro e della previdenza sociale è rilevante, invece, la deprivazione materiale individuale, nel senso di bisogno individuale, mai di rischio individuale, derivante dall'essere sprovvisti, per sempre o per un tempo significativo, di mezzi necessari per vivere. La deprivazione, ricollegata, anche e in alcuni casi, all'essere inabili al lavoro, determina l'insorgenza di un diritto a prestazione assistenziale. I mezzi necessari per vivere, nella prospettiva dell'individuo, sono evidentemente correlati alla sussistenza o meno di diritti sociali a soddisfazione necessaria (4), i quali debbono essere posti, successivamente alle riforme del 2012 e agli interventi europei (TfUe, Patto di stabilità e di crescita come integrato dal cd. *Six Pack, Fiscal Compact*), secondo la disamina che qui si sceglie di svolgere, nella nuova dinamica che andrà a costruirsi tra art. 38, comma 1, Cost., da una parte, e art. 87, art. 97, comma 1, art. 117, comma 1, Cost., dall'altra (secondo il regime che da gennaio 2014 è in vigore). Il che, in altre parole, significa osservare, nel bilanciamento giurisprudenziale e legislativo, da una parte, il presupposto (attuale) dell'assistenza sociale e, dall'altra, i vincoli (quasi inderogabili) di bilancio, anche di derivazione europea, che ricadono sull'assistenza sociale. Si noti, a tal riguardo, che la legge 24 dicembre 2012, n. 243 («Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, comma 6, della Costituzione»), completa la costituzionalizzazione del principio di pareggio di bilancio, introdotto mediante la legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, e disciplina il vincolo dell'equilibrio dei bilanci statali, delle amministrazioni territoriali e delle amministrazioni non territoriali, indicando in

(4) Per la definizione di diritti sociali a soddisfazione necessaria si vd. R. Perez, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese (Commento a legge cost. 20 aprile 2012, n. 1)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, n. 10, pp. 929-933. Per i temi connessi alla riforma dell'art. 81 Cost. si vd. M. Nardini, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, n. 1, p. 26. Si vd. altresì M. Bergo, *Pareggio di bilancio «all'italiana». Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243, attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *federalismi.it*, 2013, n. 6, p. 36; N. D'Amico, *I rapporti fra la nuova legge costituzionale e il Fiscal Compact (Commento a legge cost. 20 aprile 2012, n. 1)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, n. 10, pp. 933-937; D. Piccione, *Revisione e legislazione costituzionale ai tempi delle crisi (riserve sul procedimento di codificazione costituzionale del principio di pareggio di bilancio. In ricordo di Federico Caffè a venticinque anni dalla scomparsa)*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 5, pp. 3859-3881; P. Canaparo, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *federalismi.it*, 2012, n. 13, p. 2; D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *federalismi.it*, 2012, n. 14, p. 42.

particolare il meccanismo di correzione degli scostamenti tra previsioni e dati finanziari, nonché, rinviando alla normativa pattizia europea, l'individuazione degli obiettivi da perseguire. In questa prospettiva è indiscutibile che la legge 24 dicembre 2012, n. 243, abbia una valenza non ordinaria, ma costituzionalmente rinforzata (5), anche per la previdenza e l'assistenza, con rinvio automatico a contenuti definiti in sede europea, da far rifluire obbligatoriamente nella cd. unione materiale-economica tra Costituzioni dei paesi europei (6). Volgendo ora lo sguardo specificatamente sull'assistenza sociale italiana, il punto di intersecazione tra le scelte di bilancio e la gestione delle risorse, che sono devolute a tal fine ai cittadini dagli enti pubblici preposti, si rintraccerebbe nella funzione assoluta dal Governo *pro tempore* di definire in sede europea gli obiettivi intermedi da conseguire a livello domestico, adempiendo l'obbligo di pareggio persino con interventi volti a fronteggiare eventi eccezionali o ad attivare il meccanismo di correzione a fronte di scostamenti tra consuntivo e obiettivo programmatico. E cioè, l'assistenza sociale si inserirebbe, in questo modo, nel passaggio dal bilancio formale *ex art. 81 Cost.*, versione pre-2012, al bilancio sostanziale (7), versione *post* 2012, e, dunque, in una più ampia rete di parametri oggettivi, da cui derivano vincoli non esclusivamente domestici (livello statale-regionale-comunale o di pubblica amministrazione non territoriale), ma prevalentemente di rilievo europeo, complessivamente intesi. Di qui muovono i contenuti

(5) La legge 24 dicembre 2012, n. 243, può essere abrogata, modificata o derogata solo se espressamente indicato da una legge successiva approvata con le medesime modalità previste dall'art. 81, comma 6, Cost. (maggioranza assoluta dei componenti delle due Camere). Tale valenza è stata imposta dal Patto *Euro Plus* e dal *Fiscal Compact*, nei quali si legge che l'introduzione del principio di pareggio di bilancio sarebbe dovuto avvenire mediante disposizioni vincolanti e di natura permanente o preferibilmente costituzionale. Anche Francia e Spagna hanno adottato misure di tal genere. Si vd. la dottrina cit. *supra*, in nota 5.

(6) Si vd. A. Manzella, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2000, n. 3.

(7) In particolare si vd. M. Nardini, *op. ult. cit.*, il quale sottolinea che «sullo sfondo rimane, come grande novità, il venir meno della natura “formale” della legge di bilancio, di cui è espressione l'indicazione nella stessa del valore del saldo netto da finanziare o da impiegare, fino a oggi specificato all'art. 1 della “legge di stabilità”. Tale innovazione non può che essere letta in relazione al nuovo comma 3 dell'art. 81, in base al quale “ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte”: non sussistendo più la locuzione “ogni altra legge...” presente nella versione originaria della disposizione, è evidente l'intento del legislatore costituente di ricomprendervi anche la stessa legge di bilancio, anch'essa sottoposta all'obbligo di copertura».

specifici delle definizioni che si trovano in premessa-legenda della legge 24 dicembre 2012, n. 243, e nel relativo *corpus* normativo (si vedano le nozioni di conto consolidato, saldo strutturale, obiettivo di medio termine, fase favorevole, fase avversa del ciclo economico, saldo del conto consolidato), i quali sono armonizzati a livello europeo e determinano il vincolo a tre schemi, tendenzialmente concentrici, di finanza pubblica: il primo che trova nel TfUE il limite del 3% per il disavanzo; il secondo che coincide con il Patto di stabilità e crescita che permette di muoversi tra il -1% del Pil e il pareggio o l'attivo per l'obiettivo di bilancio a medio termine, corretto per il ciclo e al netto di misure temporanee-*una tantum*; il terzo definito dal *Fiscal Compact* che fissa, per i paesi meno virtuosi, una percentuale inferiore rispetto al secondo schema appena menzionato (8). Si coglie in questa tripla limitazione il collegamento (temibile) tra assistenza sociale e contenimento della spesa pubblica. Tale contenimento, per le norme citate, non sarà esclusivamente ristretto alle cd. voci rimodulabili del bilancio, le quali coincidono con i costi di funzionamento dell'apparato e della struttura organizzativa. Il contenimento della spesa pubblica potrebbe estendersi sino alle voci non rimodulabili, tra cui possono annoverarsi certamente gli stipendi dei dipendenti pubblici (si veda già il blocco di cui all'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, *sub* legge 30 luglio 2010, n. 122), e poi ancora le prestazioni previdenziali e le prestazioni assistenziali. Si apre anche uno spazio di gestione sul *quantum* complessivo di spesa pubblica, permettendo il raggiungimento dell'equilibrio tra entrate e uscite mediante fissazione di un livello ragionevole della prestazione. Vi sono già esempi che sono sfociati successivamente in un contenzioso. È il caso della sentenza 11 ottobre 2012, n. 223, della Corte costituzionale che, richiamando gli artt. 3 e 53 Cost., ha dichiarato illegittime alcune disposizioni del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, con cui si decise di incidere, nel periodo 1° gennaio 2011-31 dicembre 2013, sui trattamenti economici complessivi superiori a 90.000 euro lordi annui del personale della magistratura, avvocati e procuratori dello Stato, con mancata esclusione dell'applicazione a carico del dipendente della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva (9). Non è marginale, tra l'altro, l'orientamento della Corte

(8) Si vd. lo studio di G.L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, Jovene, Napoli, 2012.

(9) Si vd. il commento di S.M. Cicconetti, *Dipendenti pubblici e principio di eguaglianza: i possibili effetti a catena derivanti dalla sentenza n. 223 del 2012 della Corte costituzionale*, 2012, in www.giurcost.com.

costituzionale secondo cui nel nostro sistema costituzionale il legislatore può emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina di rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti. In applicazione di tale principio, con riferimento al sistema previdenziale, la Corte ha ritenuto legittima l'ablazione di diritti in ragione di esigenze di bilancio pubblico. Di qui muove l'impostazione che la Corte ha seguito affermando la possibilità per il legislatore – in ragione delle concrete disponibilità del bilancio pubblico, a carico del quale è in parte finanziato il sistema previdenziale – di incidere in senso riduttivo sui trattamenti pensionistici, senza con ciò vulnerare gli artt. 36 e 38 della Costituzione (Corte cost. 8 maggio 1997, n. 138, e, nello stesso senso, Corte cost. 4 luglio 1988, n. 822, Corte cost. 8 giugno 1994, n. 240, Corte cost. 24 ottobre 2002, n. 446, e Corte cost. 17 ottobre 1996, n. 361, secondo la quale l'art. 38 della Costituzione non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante). E qui ricade la domanda sulla potenziale prevalenza, in caso di conflitto, nell'ambito del bilanciamento tra norme costituzionali, dell'art. 81 Cost. e dell'art. 97 Cost. sull'art. 38, comma 1, Cost. Il contenimento della spesa pubblica, che è fissato nell'art. 81 Cost. e nell'art. 97 Cost. ed è imposto dall'Unione europea, può prevalere in termini di priorità assiologica sull'assistenza sociale nella Costituzione italiana e nelle altre Costituzioni dei paesi membri dell'Unione europea? Se l'esigenza di contenimento della spesa pubblica può prevalere, come abbiamo notato, in alcuni casi, sui diritti di natura previdenziale, si può configurare, non solo teoricamente, l'ipotesi di prevalenza di tale contenimento anche sui diritti a contenuto assistenziale? E ancora, come si pone questa eventuale prevalenza sui diritti a contenuto assistenziale da cui derivano prestazioni non assoggettate a regimi di misurabilità reddituale (e cioè, *not means tested*)? Il problema a questo punto coincide con cosa potrebbe rafforzare, innanzi a un giudice costituzionale, l'argomentazione contraria a quella prevalenza assiologica. Nella misura in cui si inizi a far decantare il resto, si dovrebbe far ricorso al cd. test di proporzionalità che la Corte di Giustizia, anche sulla base dell'esperienza giurisprudenziale tedesca e della nozione di *Verhältnismäßigkeit*, effettua. Iniziando dal caso *Bouchereau* (sentenza 27 ottobre 1977, C-30/77), la Corte di Giustizia ha aperto la strada a questo meccanismo di verifica che si concretizza, in estrema sintesi, nella comparabilità, o analisi della concordanza sulla ragionevolezza, tra ordine pubblico e norme di diritto. Se la norma di diritto incide negativamente

sull'ordine pubblico, creando disordini sociali, allora essa non può prevalere (10). Il caso dell'assistenza sociale si presterebbe, con buona probabilità, agli occhi del giudice costituzionale, anche italiano, alla statuizione di un esito negativo della concordanza. Ma qui si rende urgente collegare, nella misura, con le modalità e secondo le logiche che sono stabilite dalla legge ordinaria e dal sistema assistenziale nazionale, la nozione di deprivazione materiale (essere sprovvisti di mezzi necessari) con quella di inabilità al lavoro. Questa ultima presenta spunti che debbono essere rilette criticamente, anche alla luce delle esperienze sociali più recenti.

2. — *Inabilità al lavoro. Apporto critico sulla nozione giuridica* — L'inabilità al lavoro, ex art. 38, comma 1, Cost., non è mancanza di laboriosità. L'inabilità al lavoro, per la medesima norma, non è neanche un effetto determinato o determinabile da forme di parassitismo sociale (11). L'inabilità al lavoro è rilevante giuridicamente nel comma 1 dell'art. 38 Cost. perché essa è posta in relazione, non solo eventuale, con la deprivazione materiale (12). Quali spunti critici possono oggi essere notati in questa dinamica concettuale? La deprivazione materiale (qui intesa, come già segnalato sopra, nella relazione giuridica con l'essere sprovvisti di mezzi necessari per vivere) non è una materia che si regge su un proprio schema normativo, né da essa deriva una falda normati-

(10) Per una ricostruzione recente, si vd. A. Portuese, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, in *European Law Journal*, 2013, n. 19, pp. 612-635. Si vd. anche A.S. Lind, M. Strand, *A New Proportionality Test for Fundamental Rights? The Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) and Hartmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen*, in *European Policy Analysis*, 2011, n. 7, pp. 1-212, nonché A.S. Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, n. 47, pp. 72-648. Si vd., però, in ogni caso, lo studio di J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Sulla situazione italiana si vd. in particolare A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

(11) Si vd. E. Gagnoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 573-618, che ricostruisce il punto di vista della dottrina più attenta al tema dello stigma sociale del non lavoro (vd. p. 589).

(12) Si segue l'impostazione teorica di L.R. Levi Sandri, *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1966. Si vd. anche M. Persiani, *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, il quale segnalava il venir meno della «tradizionale distinzione tra assistenza e previdenza sociale», perché «destinata a scomparire sul piano sostanziale delle funzioni e degli obiettivi [...] stante la connessione che ineliminabilmente sussiste tra ogni intervento».

va, più o meno visibile. Ricollegare deprivazione e inabilità significa osservare, in primo luogo, le funzioni amministrative-gestionali di erogazione di prestazioni assistenziali e, in secondo luogo, le prestazioni assistenziali nella propria composizione giuridica. Da questa impostazione si deduce, analizzando gli istituti giuridici (vd. paragrafo 3 che segue), che agli inabili al lavoro, perché deprivati di mezzi necessari per vivere *uti singuli*, sono ricollegate le funzioni dell'assistenza sociale che l'art. 38, comma 1, Cost. riporta a situazioni prevalentemente individuali di bisogno, nonché agli inabili al lavoro, perché deprivati di mezzi necessari per vivere anche collettivamente (ricadute su nucleo familiare, gruppi, città-quartieri periferici, interessi culturali ecc.), sono riferibili i servizi sociali che il legislatore ordinario ha nel tempo costruito, delegandone ai diversi livelli di governo territoriale l'attuazione. Il problema di identificazione della materia corrispondente ai fini dell'art. 117 Cost. è grave, soprattutto se si continua l'indagine critica su questo crinale che è volto a cogliere la essenza centripeta della relazione tra deprivazione materiale (essere sprovvisti di) e inabilità al lavoro. Nella versione preriforma 2001, nell'art. 117 Cost. si leggeva il riferimento alla beneficenza pubblica, inserita tra le materie di potestà legislativa concorrente. Di lì traeva origine la legge 8 novembre 2000, n. 328 (legge quadro sui servizi sociali). Nella versione postriforma 2001, l'art. 117 Cost. non menziona il sistema di contrasto alla deprivazione materiale, facendo ritenere che essa sia una potestà legislativa esclusiva delle Regioni o, in alternativa, come appare più corretto, un fine comune a diverse materie. Qui non si può dipanare il tema specifico di diritto costituzionale. Ma si comprende che, per i fini di questa analisi di diritto del lavoro e della previdenza sociale, ciò che rileva è la certezza di quella essenza centripeta. In altri termini, per un verso, l'art. 38, comma 1, Cost. non è sufficiente per cogliere, nella dimensione socio-economica, la portata di quella relazione tra deprivazione e inabilità, essendo essa individualmente segnalata nel comma 1 dell'art. 38 Cost., e, per altro verso, l'art. 117 Cost. non perimetra con chiarezza le competenze dei livelli di governo territoriale. Il che comporta una serie di conseguenze. La relazione tra deprivazione e inabilità, da un punto di vista superindividuale, abbiamo detto anche collettivo, si intreccia con varie aree di normazione da cui dipendono, o dovrebbero dipendere coerentemente, sovrapposizioni di funzioni amministrative e di prestazioni assistenziali. Si pensi, in termini esemplificativi: un ragazzo di una famiglia, nella quale il genitore è sprovvisto di mezzi per vivere e inabile al lavoro, non godrà certamente di un regime alimentare adatto e

sano, con conseguenze sul rendimento scolastico o sull'inclusione in gruppi sociali intermedi (sport, associazioni ecc.). Potrebbe altresì derivare da queste circostanze qualche complicazione di salute, fisica o psichica, o di adattamento sociale. Non si esclude, a questo punto, che la relazione centripeta tra deprivazione e inabilità tagli trasversalmente gli istituti giuridici che hanno un riferimento nel lavoro, e ancora nella previdenza-assistenza, pubblica e privata, nella sanità e nell'ordine pubblico. Vengono, a questo punto, in evidenza gli spunti critici della relazione tra deprivazione materiale e inabilità al lavoro. Il diritto all'assistenza è disciplinato nella Costituzione in un contesto che, pur distinguendo tra cittadino (comma 1 dell'art. 38 Cost.) e lavoratore (comma 2 dell'art. 38 Cost.), è disegnato secondo le logiche tipicamente «tayloristiche» degli anni trenta-quaranta del secolo scorso. In quelle prospettive socio-economiche, l'assistenza era ritenuta una specie di esternalità positiva della previdenza, essendo considerata del tutto marginale, in termini statico-sociali, la possibilità di concretizzazione di una deprivazione-inabilità individuale e quasi impossibile la permanenza in uno stato collettivo, superindividuale, di bisogno derivante da deprivazione-inabilità (famiglia, gruppi sociali, quartieri ecc.) (13). Si vedeva, per approssimare il discorso storico generale, con ottimismo il presente, certamente molto duro nella fase immediatamente postbellica, e con ulteriore ottimismo il futuro economico del paese. La medesima riflessione potrebbe essere estesa, come è noto, all'aggettivo «involontaria» che è allegato alla disoccupazione nel comma 2 dell'art. 38 Cost., facendo ricorso alla ormai chiara distinzione tra disoccupazione per chi ha (avuto) un lavoro e dis/in-occupazione per chi non ha (ancora) un lavoro. Ma insistendo ancora sugli spunti critici si noterà che la relazione tra deprivazione e inabilità al lavoro non ha un riscontro organizzativo diretto nel sistema sanitario. Il diritto alla salute, secondo la Costituzione, è universale, ma le cure agli indigenti devono essere gratuite. E qui torna il punto centrale dell'argomentazione. Il problema non è (più solo) di accesso gratuito alle cure (logica individuale, quasi di stampo liberal-borghese), ma di predisposizione di schemi prevenzionali o curativi rivolti a coloro che superindividualmente soffrono, anche indirettamente, del binomio deprivazione-inabilità. La malattia è, dunque, anche una debolezza sociale se deriva dalle condizioni superindividuali di deprivazione-inabilità. L'ultimo spunto criti-

(13) S. Sepe, *Le amministrazioni della sicurezza sociale nell'Italia unita (1861-1998)*, Giuffrè, Milano, 1999.

co di quella relazione è connesso all'ordine pubblico. La deprivazione materiale in combinazione con l'inabilità determina paura sociale. E lo sforzo, con tonalità diverse, prima liberal-borghese, poi del regime fascista, e infine delle istituzioni repubblicane, è ed era sotteso a eliminare o ridurre questa paura sociale. Si tratta di questioni note, caratterizzate dall'abbinamento discutibile, spesso alimentato per fini elettorali anche da gruppi e partiti, tra criminalità e deprivazione, richiamate dalla giurisprudenza costituzionale che eliminò dal nostro sistema il reato di accattonaggio (Corte cost. 28 dicembre 1995, n. 519) e spesso reintrodotta in alcuni ordinamenti giuridici (14). L'argomentazione è, pertanto, riferibile all'assistenza sociale intesa come prevenzione del disagio sociale. Qui non basta ragionare di singoli strumenti giuridici, ma di interi e complessi sistemi di contrasto alla deprivazione materiale, di rilevazione corretta dell'inabilità al lavoro, di verifica periodica delle condizioni personali che permettono l'accesso alle prestazioni assistenziali in logica antielusiva, di intervento sul nucleo familiare, sulle violenze individuali ecc. Seguendo tale impostazione si comprende quale forza sociale possa avere il lavoro, anche se vi sono forme di inabilità rispetto a esso, nel contrasto alla deprivazione. L'inabilità al lavoro si collocherebbe, per questa ragione, in Italia e in altri paesi, nella più ampia prospettiva secondo cui la deprivazione materiale si riduce con il lavoro perché il lavoro paga il lavoro ed esclude tendenzialmente il disagio individuale e superindividuale (15). Ma quale lavoro può essere offerto a chi è inabile al lavoro secondo gli attuali schemi giuridici di verifica delle condizioni personali e di combinazione domanda-offerta? Quale lavoro può essere offerto in una situazione di diffusa, ormai quasi strutturale, disoccupazione di intere fasce generazionali? E se il lavoro, comunque svolto secondo le possibilità di abilità individuale, prevalesse sulla logica della misurabilità reddituale (*means tested*)? Si rende necessario, a questo punto della disamina, studiare gli attuali istituti giuridici, facendo una ricapitolazione dei relativi regimi.

3. — *Discipline esistenti. Invalidità civile. Cecità. Sordomutismo. Assegno sociale. Sistema integrato di servizi sociali e regionalismo sociale. Altri strumenti (pacchetto Giovannini)* — Gli istituti che sono generalmente posti, nella

(14) Per il recente dibattito negli Stati Uniti si vd. <https://www.aclu.org/keep-america-safe-and-free/aclu-puts-municipalities-notice-laws-banning-peaceful-panhandling-are>.

(15) Premiare il lavoro è in sintesi la suggestiva tesi di E.S. Phelps, *Premiare il lavoro. Come dare opportunità a chi rischia l'emarginazione*, Laterza, Bari, 1999.

linea dell'art. 38, comma 1, Cost., contro la deprivazione materiale in termini di prestazioni assistenziali, monetarie, a erogazione periodica e non monetarie, in forma di servizi, sono i seguenti: le prestazioni a favore degli invalidi civili (assegno mensile di invalidità; pensione di invalidità, indennità di accompagnamento, indennità di frequenza), prestazioni a favore dei sordomuti, prestazione a favore dei ciechi civili, l'assegno sociale, i sistemi di servizi sociali, gli schemi della Carta sociale. Vi sono due premesse generali da porre. La prima è di carattere interpretativo giurisprudenziale del sistema assistenziale ed è riferita a una specie di carattere preminente delle prestazioni assistenziali: esse debbono essere erogate se viene dimostrata l'insufficienza reddituale, e cioè la deprivazione materiale. Mentre il diritto a ottenere prestazioni sanitarie è riconosciuto e garantito dall'art. 32 Cost. come un diritto primario che impone una tutela piena, «il diritto all'assistenza risulta invece condizionato alla dimostrazione, che incombe al richiedente, che le sue entrate derivanti da salari, pensioni, cespiti di qualsiasi genere o benefici assicurativi non esistono oppure sono insufficienti non solo per il suo sostentamento (vitto, abbigliamento, abitazione, riscaldamento, illuminazione ecc.) ma anche a salvaguardare la sua dignità e il suo decoro» (*ex multis*, si vd. Tar Lombardia 31 agosto 2007, n. 838). La seconda premessa è riferita agli aspetti dell'ambito soggettivo di applicazione. Si noti che le prestazioni assistenziali periodiche in favore degli invalidi civili possono essere richieste da tutti i cittadini italiani residenti in Italia e dai cittadini dell'Unione europea che abbiano svolto attività di lavoro dipendente o autonomo in uno Stato membro dell'Unione nonché dai loro familiari a carico. In questa ottica, con riferimento ai cittadini non europei, l'art. 80, comma 19, legge 23 dicembre 2000, n. 388, aveva stabilito una specie di esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione (assegno sociale e provvidenze economiche in materia di servizi sociali potevano essere riconosciuti esclusivamente agli stranieri titolari di Carta di soggiorno). Tale disposizione è stata oggetto di alcune pronunce costituzionali che ne hanno modificato la portata (16). In tali pronunce si rilevò che l'art. 80, comma 19,

(16) La Corte costituzionale, con sentenza 30 luglio 2008, n. 306, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, legge 23 dicembre 2000, n. 388, nella parte in cui escludeva che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, potesse essere attribuita agli stranieri non europei soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la Carta di soggiorno e ora previsti, per effetto del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, per il Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo. Successiva-

legge 23 dicembre 2000, n. 388, imponeva delle forti restrizioni alla generale previsione dettata in materia di prestazioni sociali e assistenziali in favore dei cittadini non europei di cui all'art. 41, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (17). Tali restrizioni rappresentavano un ingiustificato *discrimen* fra cittadini italiani e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti e pertanto in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Cedu. Tali indicazioni sono state recepite dall'Inps (18) che, prendendo atto delle pronunce costituzionali, ha riconosciuto che l'indennità di accompagnamento, la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità e l'indennità mensile di frequenza, ferme restando le verifiche degli ulteriori requisiti di legge, spettano a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato alla condizione che siano titolari del requisito del Permesso di soggiorno di almeno un anno di cui all'art. 41, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Si deve rinviare ad altra sede la disamina degli istituti di contrasto alla deprivazione materiale mediante prestazioni di assistenza sociale,

mente, nello stesso senso, la Corte costituzionale, con sentenza 23 gennaio 2009, n. 11, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui escludeva che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge n. 118/1971, potesse essere riconosciuta agli stranieri non europei soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la Carta di soggiorno e ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3/2007, per il Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo. La Corte, con sentenza 28 maggio 2010, n. 187, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000, nella parte in cui subordinava al requisito della titolarità della Carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge n. 118/1971 e successivamente, con sentenza 16 dicembre 2011, n. 329, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui subordinava al requisito della titolarità della Carta di soggiorno la concessione ai minori non europei legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della indennità di frequenza di cui all'art. 1 della legge n. 289/1990. Da ultimo, la Corte costituzionale, con sentenza 15 marzo 2013, n. 40, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000, nella parte in cui subordinava al requisito della titolarità della Carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge n. 18/1980 e della pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118/1971.

(17) Si vd., in particolare, lo studio di W. Chiaromonte, *Welfare locale e immigrazione. Il contenzioso sulla legislazione regionale in materia di integrazione degli stranieri*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 657-696.

(18) Messaggio Inps 4 settembre 2013, n. 13983.

monetari, a erogazione periodica (19). La disamina dovrebbe essere riferita a titolarità del diritto, *quantum* della prestazione, incompatibilità reddituali, durata, verificabilità requisiti e ricognizione della domanda. Qui si accennano alcuni elementi. Volgendo l'attenzione agli istituti appena menzionati, si annoverano certamente: (I) l'assegno mensile di invalidità previsto all'art. 13, legge 30 marzo 1971, n. 118, i mutilati e gli invalidi civili di età compresa tra i 18 e i 65 anni e 3 mesi (20) ai quali sia accertata una riduzione della capacità lavorativa generica pari o superiore al 74% (21); (II) la pensione di inabilità prevista all'art. 12, legge 30 marzo 1971, n. 118, i mutilati e gli invalidi civili di età compresa tra i 18 e i 65 anni e 3 mesi (22) cui sia accertata una inabilità lavorativa totale, ovvero del 100%, e che si trovino in stato di bisogno economico; (III) l'indennità di accompagnamento istituita con legge 11 febbraio 1980, n. 18, che è evidentemente connesso agli input culturali della tradizione familistica mediterranea e dettati anche da una certa visione sul lavoro informale di cura (23). Si tenga in considerazione, con riferimento al tema del modello di *welfare state* familistico, che la giurisprudenza (Cass. 1° marzo 1990, n. 1606) ha definito l'indennità di accompagnamento in termini di «diritto soggettivo perfetto della pretesa al beneficio», deducendo che lo «stato di inabilità può essere accertato (in sede giudiziaria) anche *post mortem* a richiesta degli eredi cui spettano, *iure hereditario*, le attribuzioni del beneficio maturate fino alla data del decesso, ancorché tale evento si sia verificato prima che sia ultimato il procedimento amministrativo diretto ad accertare l'inabilità suddetta e quindi non sia più possibile un accertamento direttamente sulla persona del soggetto inabile, ma occorra far ricorso ad altri mezzi probatori». Questo, con l'effetto di determinare la trasmissione per via

(19) G. Madonia, A. Sgroi, *La tutela assistenziale*, I, *Le prestazioni periodiche*, in A. Sgroi (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Giappichelli, Torino, 2010.

(20) Con decorrenza dal 1° gennaio 2013, come stabilito dall'art. 18, comma 4, legge n. 111/2011, il limite d'età precedentemente stabilito in 65 anni viene elevato a 65 anni e 3 mesi.

(21) L'art. 10, comma 1, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, che aveva elevato la soglia invalidante all'85%, è stato soppresso dall'art. 1, legge 30 luglio 2010, n. 122, in sede di conversione.

(22) Con decorrenza dal 1° gennaio 2013, come stabilito dall'art. 18, comma 4, legge n. 111/2011, il limite d'età precedentemente stabilito in 65 anni viene elevato a 65 anni e 3 mesi.

(23) Si vd. Cass. 23 dicembre 2011, n. 28705, e nel medesimo senso Cass. 23 dicembre 2010, n. 26092.

ereditaria dei ratei già maturati *ante mortem*, subordinatamente alla deliberazione concessiva della pubblica amministrazione competente. Si aggiunga al novero degli istituti anche l'indennità di frequenza che viene erogata ai mutilati e invalidi civili minori di 18 anni a cui siano state riconosciute difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età, nonché ai minori ipoacusici che presentino una perdita uditiva superiore a un certo decibel. La legge prevede anche particolari prestazioni assistenziali in favore di ciechi civili e sordomuti. Non sono marginali in questa analisi l'indennità di accompagnamento per i ciechi civili, la quale è riconosciuta esclusivamente ai ciechi assoluti, e l'indennità di comunicazione per i sordomuti. Vi è altresì da indicare che l'assegno sociale, che con decorrenza dal 1995 sostituisce la pensione sociale, è corrisposto indipendentemente da qualsiasi requisito sanitario e/o contributivo a soggetti che abbiano compiuto i 65 anni e 3 mesi (24) e che non raggiungano i requisiti reddituali stabiliti annualmente dall'Inps. Tale prestazione è riconosciuta ai cittadini italiani, cittadini dell'Unione europea e cittadini non europei in possesso del Permesso di soggiorno che risiedano effettivamente e abitualmente in Italia. L'art. 20, comma 10, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha previsto l'ulteriore requisito dell'aver soggiornato legalmente e in maniera continuativa nel territorio dello Stato per almeno 10 anni. Tale requisito, tuttavia, non sembra porre le medesime problematiche di costituzionalità precedentemente affrontate. Invero, la disposizione ha superato sia il vaglio della Corte di Cassazione (25) che quello della Corte costituzionale (26). L'assegno è erogato con carattere di provvisorietà sulla base della dichiarazione rilasciata dal richiedente. La connotazione assistenziale di tali istituti deve essere correlata ad alcune riflessioni. Da una parte, l'elemento di regionalismo sociale che dal 2000 è stato introdotto nel nostro sistema unitario nazionale. Dall'altra, la sperimentazione di istituti a rilevanza emergenziale, di carattere unitario-nazionale, che incide sulle fasce di soggetti a più elevato rischio di deprivazione materiale. Si definisce, altresì, in questo modo, una linea di non piena appropriatezza sociale della risposta alla deprivazione.

(24) Ai sensi dell'art. 24, comma 8, legge n. 201/2011, a decorrere dal 1° gennaio 2018 il requisito anagrafico per il conseguimento dell'assegno di cui all'articolo 3, comma 6, della legge n. 335/1995 e delle prestazioni di cui all'art. 10 della legge n. 381/1970, e all'art. 19 della legge n. 118/1971, è incrementato di un anno.

(25) Si vd. Cass. 14 febbraio 2014, n. 3521.

(26) Sul punto, si vd. Corte cost. 17 luglio 2013, n. 197.

vazione materiale offerta dagli istituti assistenziali studiati sopra (27). Di questo tema si tratterà nell'ultimo paragrafo. Di qui, però, deve muovere l'analisi che segue sul regionalismo sociale, definito dalla legge 8 novembre 2000, n. 328, e sulla sperimentali di carte sociali o acquisti. Il sistema integrato di servizi sociali è stato definito dalla legge 8 novembre 2000, n. 328. Esso consiste in un complesso assetto di diritti di cittadinanza sociale. È un sistema integrato di microsistemi (28), con un quadro sui servizi sociali, costruito su un certo ambito soggettivo di destinatari delle prestazioni e soggetti protetti (individui con disabilità, disagi, famiglie ecc.), con la conseguenza che esiste un piano di programmazione, organizzazione e gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali rimesso a ciascuna Regione nonché, per l'attuazione concreta, ai Comuni. L'integrazione dei microsistemi dipende, almeno osservando la realtà di circa 15 anni di applicazione della normativa, dalle disposizioni regionali e dalle applicazioni comunali. Il che determina ciò che chiameremo, nel prossimo paragrafo, «*welfare magnets*», intendendo sottolineare che le differenze tra ricchezze territoriali in Italia si trasformano anche in differenze tra deprivazioni materiali, con sistemi di reazione a esse più o meno efficienti a seconda del contesto economico-geografico in cui coesistono. Da ciò deriva persino l'attrattività (magnetica, per riprendere la metafora) del *welfare* integrato e/o dell'assistenza sociale. Più il sistema integrato funziona, e dunque migliori sono i servizi, maggiore è l'attrazione verso di esso, da parte di coloro che purtroppo versano in condizioni di disagio sociale (29). Ciò

(27) Già la Commissione Onofri aveva ampiamente notato queste distorsioni. Si vd. Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, relazione finale, 28 febbraio 1997. Si vd. anche E. Ranci Ortigosa e D. Mesini, *Una proposta per le politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale*, in www.astrid-online.it.

(28) Il quadro normativo è stato studiato da E. Ales, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsistemi»*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, I, pp. 981-1007.

(29) Si vedano i conti pubblici territoriali (Cpt) del ministero dello Sviluppo Economico e i dati dell'Istat e del ministero dell'Interno riportati e analizzati da M. Felici, E. Tassa, *Politiche sociali e livelli di governo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2010, n. 3, pp. 257-329. Non è marginale la ricerca *I trattamenti assistenziali anno 2009. I trasferimenti monetari per invalidità, pensioni sociali, integrazioni al minimo, pensioni di guerra e pensioni ai superstiti* del ministero del Lavoro e Inps in *Quaderni della ricerca sociale 2*, la quale pare dimostrare una certa inversione proporzionale di «tiraggio» degli strumenti classici di assistenza rispetto agli strumenti integrati nelle Regioni del nord rispetto alle Regioni del sud. Si vd. anche G.M. Napolitano, *Tendenze delle politiche regionali nel set-*

esaspera, evidentemente, anche le differenze tra deprivazione e deprivazione in base all'appartenenza geografica della persona. Forse, anche in risposta a questa disomogeneità territoriale, è stato introdotto il cd. diritto assistenziale dell'emergenza (30). Vi sono varie misure (*bonus bebè*, *bonus famiglia* ecc.), ma tra queste si osserverà il regime della Carta sociale o acquisti, modificato recentemente mediante il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, *sub lege* di conversione, con modificazioni, 9 agosto 2013, n. 99 (cd. pacchetto lavoro – Giovannini). Si noti che, con riferimento alla Carta acquisti, la Corte costituzionale (sentenza 15 gennaio 2010, n. 10) ha escluso che si tratti di disciplina ascrivibile alla previdenza sociale (art. 117, comma 2, lett. o, Cost.) perché tale istituto presuppone un'assegnazione per cui è rilevante la condizione soggettiva e la sussistenza di situazioni di bisogno, di disagio e di difficoltà economica. La Corte costituzionale esclude altresì che la Carta acquisti possa essere ricondotta alla competenza concorrente della tutela della salute, riportando l'istituto nella cd. competenza delle competenze di cui all'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. (*i.e.*, la competenza esclusiva statale dei livelli essenziali delle prestazioni). Per descrivere l'istituto si noti che vi è un regime sperimentale ordinario e un regime sperimentale speciale. Il regime speciale è regolato dall'art. 60, commi 1-4, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (legge 4 aprile 2012, n. 35), il quale stabilisce l'avvio di una sperimentazione nei Comuni con più di 250.000 abitanti, per favorire la diffusione della Carta acquisti tra le fasce di popolazione in condizione di maggiore bisogno. In entrambi i regimi, l'Inps è il soggetto attuatore che disporrà l'accredito delle somme spettanti, una volta acquisite le richieste e accertato il diritto all'ottenimento del beneficio. Poste italiane consegna la Carta secondo le graduatorie. Il regime ordinario (Carta acquisti ordinaria) è, invece, regolato dall'art. 81 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, estende la sperimentazione ai territori delle regioni del Mezzogiorno per l'anno 2014. Tale sperimentazione costituisce l'avvio del programma cd. di Promozione dell'inclusione sociale. La richiesta del beneficio deve essere presentata al Comune di residenza da un componente del nucleo familiare, che sarà

tore socio-assistenziale, in A. D'Atena (a cura di), *Quarto Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, Giuffrè, Milano, 2007, in <http://www.issirfa.cnr.it/>.

(30) La definizione è di G. Madonia, A. Sgroi, *La tutela assistenziale*, I, *Le prestazioni periodiche*, in A. Sgroi (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Giappichelli, Torino, 2010.

anche il soggetto titolare della Carta. Il richiedente deve essere in possesso di alcuni requisiti personali e di altri requisiti riguardanti l'intero nucleo familiare (31). Sulla base della graduatoria, l'Inps invia a Poste italiane l'elenco dei soggetti destinatari del beneficio e le somme da erogare a ciascun nucleo familiare. Sono stati prefissati dei modelli di verifica periodica su bisogni, reddito e condizioni. La normativa del 2013 sulla Carta acquisti è la più recente in materia di assistenza. Si comprende, anche da essa e dai relativi recentissimi criteri di misurabilità reddituale, che non è (più) corretto ritenere il diritto della persona a un certo schema di assistenza sociale, nelle varie forme, anche emergenziali, in termini di «diritto soggettivo perfetto della pretesa al beneficio». Non esiste, infatti, l'interesse giuridico su un bene, né è rintracciabile un interesse che si basa sull'autonomia individuale. Non è, in definitiva, un diritto che esclude altri dal godimento di qualcosa. Il diritto a un certo schema di assistenza sociale è oggi qualificabile, almeno nel nostro ordinamento, per la mera funzione di riallocazione di risorse e di redistribuzione di ricchezza, secondo un «come» e in ragione di un «quando». Più specificatamente, quel diritto sussiste perché si relaziona con modelli di misurabilità reddituale, essendo stata assegnata a esso una funzione riallocativa.

4. — Welfare magnets. *Prospettive del bismarckismo giuridico vs le nuove intuizioni normative in materia di assistenza (il caso della Regione Lazio). Note conclusive* — Il quadro esposto pone, dunque, due problemi. Il primo è certamente riferibile al regionalismo sociale e ai fenomeni di *welfare magnets* che incidono sulla disuguaglianza (cioè, l'attrattività magnetica del *welfare* integrato e/o dell'assistenza sociale). Il secondo è connesso alle ragioni che giustificano ancora la preminenza del ricorso a schemi di misurabilità reddituale per definire l'ambito di applicazione e funzionamento dell'assistenza. Forse, per la geografia del diritto, il rinvio che si sta per compiere può apparire azzardato. Il rinvio, però, è *challenging*, nel senso dell'insegnamento di Gino Gorla, per il diritto, non solo comparato, del lavoro e della previdenza sociale (32). Né tale scelta potrà più apparire incongrua ad alcuni che purtroppo sono (e, forse ormai per sempre, condannati a essere) vincolati a censurare il frutto di

(31) I requisiti attengono alla misurabilità reddituale di persone che versano in determinate condizioni individuali e sociali.

(32) Mi permetto di rinviare ai miei studi recenti, M. Faioli, *Europa, Germania, lingua e metodo nel diritto transnazionale del lavoro*, in *Studi Germanici*, 2013, pp. 357-377.

riflessioni di profilo teorico con ricadute repentine su profili di analisi pratica. Quel terreno di giudizio, ove calpestato, è e sarebbe astorico, cieco, meccanico, inadeguato e ingiusto. Ma torniamo al punto di riflessione teorica con ricadute pratiche. Osserviamo per questo fine la pronuncia della Corte Suprema sulla riforma Obama in materia di sanità (*National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius Secretary of Health and Human Services et al.* 567 U.S. – 2012) (33), la quale, come è noto, si concentra su due aspetti. Il primo aspetto è il cd. *individual mandate*, che coincide con il dovere di ogni cittadino di aderire a una polizza assicurativa, rispettati i limiti di fede religiosa, entro il 1° gennaio 2014, con sanzione fiscale in caso di inadempimento che si concretizza in una multa (pecuniaria e di ablazione di una certa percentuale del proprio reddito annuo). Il secondo aspetto è l'estensione dell'ambito soggettivo del regime di base Medicaid mediante fondi federali fissati a favore di ciascuno Stato, la cui mancata realizzazione determina una decurtazione delle risorse federali al Medicaid (34). È evidente che non siamo di fronte a laboratori bismarckiani di assistenza sociale. Si tratta di nuove intuizioni giuridiche in contesti ordinamentali non comparabili con l'Europa. Tuttavia è opportuno, per questa indagine, osservare il primo aspetto con attenzione, monitorando l'argomentazione posta dalla Suprema Corte, perché da essa si possono dedurre indicazioni applicabili al discorso che stiamo qui sviluppando (teorico-pratico, pratico-teorico?). In particolare, la Corte Suprema ha considerato legittimo il cd. *individual mandate* (dovere di adesione a una polizza assicurativa, con sanzione fiscale in caso di inadempimento). È rilevantissima l'*Opinion of the Court* che è stata redatta dal *Chief Justice* Ro-

(33) Per una disamina, si vd. R.E. Barnett, *Commandeering the people: Why the individual health insurance mandate is unconstitutional*, in *NYU Journal of Law & Liberty*, 2010, n. 5, pp. 581-637; M.A. Hall, *Commerce Clause challenges to health care reform*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, n. 159, pp. 1825-1872; S. Hoffmann, *Individual Mandates, Take Two: Incentivizing State-Based Individual Health Insurance Mandates Under The Spending Power*, in *Wisconsin Law Review*, 2011, n. 4, p. 827; I. Somin, *A mandate for mandates: is the individual health insurance case a slippery slope?*, in *Law and Contemporary Problems*, 2012, n. 3, pp. 75-106; E.A. Zelinsky, *Do Religious tax Exemptions Entangle in Violation of the Establishment Clause – The Constitutionality of the Parsonage Allowance Exclusion and the Religious Exemptions of the Individual Health Care Mandate and the Fica and Self-Employment Taxes*, in *Cardozo Law Review*, 2012, n. 33, pp. 1633 ss.

(34) Si vd., per la ricostruzione dell'istituto, S. Giubboni, *La riforma sanitaria Obama e l'«eccezionalismo» americano: due commenti sulla decisione della Corte Suprema in «National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 221-225.

berts, alla quale hanno aderito i giudici Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan. Sono tre gli argomenti per sostenere la tesi della legittimità dell'*individual mandate*. Qui ci concentreremo, per necessità espositiva, sul primo argomento. Si evidenzia che la legittimità dell'*individual mandate* deriva dalla compatibilità di questo potere del Congresso con quei poteri che esso utilizza per disporre sgravi fiscali volti a incentivare alcuni settori produttivi o la formazione professionale. Il potere è, dunque, legittimo se promuove comportamenti attivi. In termini più rigorosi di logica giuridica, ciò si trasforma nello schema «se vuoi A, allora devi B», che è ciò che si chiama civilisticamente «dovere libero» (35). Tale compatibilità determina la legittimità di un potere di spesa per promuovere l'adesione a una polizza assicurativa sanitaria. Si ragiona, dunque, sul potere del Congresso di tassare e di spendere per finalità incentivanti determinati comportamenti, allontanando dal campo di analisi le riflessioni sulla cd. *commerce clause*, rispetto alla quale il Congresso aveva inteso operare per definire il presupposto giuridico della riforma sanitaria. La Suprema Corte supera tale impostazione, non puntando su una certa idea. In particolare la Suprema Corte non ritiene, come sollecitato in alcune argomentazioni difensive, che il mercato assicurativo sia un segmento ove la scelta di un individuo di non aderire a una polizza sanitaria determina un certo incremento di costo complessivo sociale. Ciò deriverebbe, secondo alcuni, dal fatto che in caso di cure urgenti l'ospedale, non negando l'assistenza, applicherebbe tariffe più elevate ai pazienti con assicurazione, comportando un aumento dei premi assicurativi, per compensare i maggiori oneri derivanti dalle prestazioni gratuite. La Suprema Corte, invece, va al di là di tale considerazione, considerando legittimo il potere del legislatore con riferimento alla regolazione di ciò che si fa (attività, e dunque adesione alla polizza), in definitiva su un cd. dovere libero, e non con riferimento a ciò che non si fa (inattività, non adesione alla polizza). Ma qual è allora la nuova intuizione giuridica applicabile anche alla nostra assistenza? Mentre altri ordinamenti consolidano i propri passi verso la premialità di comportamenti attivi nella sicurezza sociale, il sistema italiano, bismarckianamente, continua a regolare gli effetti di ciò che non si fa, o non si è, o non si ha (*means tested*) e, dunque, a considerare esclusivamente l'inattività negli schemi di assistenza sociale. Ciò basta ed è ancora sostenibile oggi e in prospettiva, guardando anche i profili

(35) Si segue la tesi di N. Irti, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo, onere)*, Jovene, Napoli, 1973.

di vincolo di bilancio europeo? Dal punto di vista teorico sono i concetti di eguaglianza e di giustizia a venire in gioco nell'assistenza sociale in ragione del comma 1 dell'art. 38 Cost. e nell'assetto di legislazione ordinaria che ne deriva. Se prestazioni assistenziali di vario genere e sistemi integrati di interventi pubblici, non certo omogenei per qualità e quantità sul territorio nazionale, sono volti a promuovere uguaglianza e giustizia, allora si deve osservare che quelle prestazioni e detti interventi, puntando ancora sulla nozione di inattività o del non fare o non avere o del non essere, finiscono per avere un effetto contrario, accentuando i contenuti dell'ingiustizia e della disuguaglianza. Di qui si deve iniziare a ragionare sulla compatibilità di norme di promozione di comportamenti attivi (individuali e dell'amministrazione), con fatti giuridici che ruotano ancora attorno all'inattività e al non fare, al non avere. E, in altri termini, ciò significa interrogarsi sulla compatibilità dell'attuale sistema di prestazioni assistenziali e servizi integrati con la dignità umana, il cui contenuto essenziale è positivo (*status positivus*) ed è ormai praticamente rintracciabile, per giurisprudenza costituzionale costante (vd., recentemente, Corte cost. 15 gennaio 2010, n. 10; ma si veda anche, sui *bonus bebè*, Corte cost. 28 luglio 2004, n. 287, e, sulla pensione minima per i lavoratori, Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31), nell'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. e nell'art. 120, comma 2, Cost., dove si incrociano diritti, solidarietà, anche interterritoriale, eguaglianza, coesione sociale. Ma a questo punto ci si deve interrogare se il nostro modello costituzionale, anche orientato in senso più europeo, giustifichi ancora la giustapposizione della condizione individuale di non essere, non fare, non avere (*status negativus*), derivante da varie situazioni di disagio che creano deprivazione, *vs* il diritto a ottenere una prestazione assistenziale, secondo sistemi bismarckiani quasi risarcitori, o inizi a promuovere una diversa e innovativa logica di valorizzazione del titolare del diritto all'assistenza in base a uno *status positivus* che coincide con un, anche se marginale, in alcuni casi «quasi» impossibile, impegno a essere, fare, avere. Il problema è, per evitare fraintendimenti, il presupposto della tutela assistenziale, il quale è oggi negativo (non essere, non fare, non avere, in definitiva, è tendenzialmente *means tested*), domani invece potrebbe essere positivo (nella misura del possibile, essere, fare ecc., e dunque, al di là del *means tested*). In questa prospettiva si pone, almeno *prima facie*, una tra le più recenti proposte di riforma regionale del sistema integrato sociale (si veda la discussione sulla proposta di legge della Regione Lazio) (36). Tale

(36) Per analizzare il testo, ancora *sub* discussione, si vd. www.socialelazio.it.

proposta è volta a «trasformare gli attuali interventi a carattere prevalentemente riparativo centralizzato e frammentario in un sistema articolato e flessibile di protezione attiva, capace di sostenere e valorizzare la responsabilità e le capacità delle persone e delle famiglie». Di qui anche le conseguenze più pratiche e operative («da interventi “categoriali” a interventi rivolti alla persona e alle famiglie; da interventi prevalentemente monetari a un mix di assegni economici e servizi in rete – formativi, sanitari, sociali, di avvio al lavoro, abitativi –; da interventi disomogenei a livello regionale alla definizione dei livelli essenziali su tutto il territorio laziale; da prestazioni rigide e “preconfezionate” a prestazioni flessibili e diversificate, basate su progetti personalizzati; da intervento centralistico a “regia” delle comunità e degli Enti locali, da intervento pubblico a “governo allargato” che coinvolge e valorizza gli attori sociali»). Si tratta di tentativi, da osservare e su cui porre l’attenzione futura, anche scientifica dei ricercatori, per progetti di ampia taratura, comparativi e necessariamente interdisciplinari. Ciò che rileva, però, è il contenuto della dignità umana nello *status positivus* (così come è stato definito sopra). La dignità umana, muovendo dal sistema dei valori costituzionali, incrocia il sistema delle competenze e dei compiti statali, impostando un limite invalicabile per la competenza regionale. Dove questo ragionamento conduce è ormai chiaro: se la dignità per lo *status positivus* richiede una tutela minima, fatta di standard di protezione che coincide con la sostanza stessa dei diritti di assistenza (sopravvivenza), lo Stato è obbligato a predisporre ogni strumento utile per garantire la persona umana, anche di tipo promozionale, e per l’effetto ridurre lo stato di deprivazione (mezzi necessari a vivere) nonché verificare continuamente il grado di inabilità al lavoro, a prescindere dalle originalità territoriali, inserendo certamente schemi protettivi di base, uniformi per tutto il territorio nazionale, abbinabili alle esistenti prestazioni di assistenza, alle eventuali strutture locali di servizi nonché a ulteriori strumenti, anche di tipo strettamente previdenziale (e, dunque, assicurativo-mutualistico). L’assistenza sociale, in questa prospettiva del cd. *status positivus*, non è certamente mai assimilabile alla previdenza sociale, per presupposti, strutture e funzioni (37). E ciò perché il diritto

(37) Si vd., invece, la ricostruzione di M. Persiani, *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell’assistenza e della previdenza sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, che rintracciò negli anni settanta, con riferimento alle origini del sistema di sicurezza sociale italiano, motivazioni ideologiche identiche nell’assistenza e nella previdenza. Per una diversa impostazione L.R. Levi Sandri, *Istituzioni*

all'assistenza sociale ex art. 38, comma 1, Cost. è un diritto «a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno [...] in particolare, alimentare [con il connesso] dovere dello Stato di stabilirne le caratteristiche qualitative e quantitative, nel caso in cui la mancanza di una tale previsione possa pregiudicarlo» (Corte cost. 15 gennaio 2010, n. 10). La materia dell'assistenza sociale e dei servizi sociali, almeno formalmente, di competenza residuale regionale viene, pertanto, ricostruita, per questa teoria, su base nazionale-unitaria, necessariamente uniforme, per livelli minimi di sussistenza dignitosa, alla luce dei principi fondamentali degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., dell'art. 38, comma 1, Cost., dell'art. 117, comma 2, lett. m, Cost., dell'art. 120 Cost. Non si tenga fuori da questo ragionamento che la giurisprudenza costituzionale già in passato, facendo ricorso agli artt. 32 e 37 Cost. ha ricondotto alla nozione di previdenza prestazioni di sostegno alla genitorialità che apparivano assistenziali (si vd., in particolare, Corte cost. 28 luglio 2004, n. 287) (38). La concretezza delle condizioni di vita non può essere oggetto di ulteriore stigma per le asimmetrie e gli squilibri territoriali derivanti Regioni-territori. Si assiste alla dinamica dei territori *welfare magnets* e dei territori non organizzati per l'assistenza sociale. Sono informalmente meccanismi di *opting-in* od *opting-out* delle Regioni-territori dal sistema costituzionale che incidono senza dubbio sulla dignità. Se la Regione (o il territorio) non risponde a determinati stan-

di legislazione sociale, Giuffrè, Milano, 1966. Per una visione complessiva del tema, anche più recente, si vd. P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 589-629, nonché T. Treu, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, n. 1, pp. 1-31; A. Pandolfo, *Per un sistema di misure integrate di sostegno nel mercato del lavoro (ovvero della «riforma degli ammortizzatori sociali»)*, *ivi*, 2006, nn. 3-4, pp. 604-663; P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. – Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, n. 1, pp. 1-31. Si vd. anche P. Bozzao, in questo fascicolo di *q. Riv.*, pp. 327 ss.

(38) La sentenza citata dispone che le prestazioni di cd. *bonus* bebè di cui all'art. 21, commi da 1 a 5, e, parzialmente, comma 7, del decreto legge n. 269 del 2003 [sono] una provvidenza temporanea, di carattere indennitario, che costituisce espressione di quella tutela previdenziale della maternità riconosciuta alla donna in quanto tale, in ragione degli artt. 31, comma 2, e 37 della Costituzione, a prescindere da ogni situazione di bisogno, di disagio o di difficoltà economiche, e non soltanto in quanto collegata a un'attività di lavoro subordinato o autonomo (sentenze n. 197 del 2002 e n. 405 del 2001). Sotto tale aspetto, la provvidenza in questione è, quindi, riconducibile, in senso lato, alla competenza statale in materia di "previdenza sociale", in base a quanto stabilito dall'art. 117, comma 2, lettera o, della Costituzione.

dard, deve poter intervenire lo Stato. Da qui muove il diritto assistenziale dell'emergenza unitario-nazionale che diventerà, con buona pace, lo strumento di intervento prevalente in materia di assistenza sociale, chiudendo finanziamenti pubblici, quando territorialmente non o mal sfruttati, e aprendo possibilità nuove mediante istituti che si rendono necessari, imponendo misurazione del reddito, verificando l'abilità marginale, se esiste, al lavoro. Ma se gli esiti di quella competenza saranno esercitati a livello nazionale, allora l'assistenza si potrà, o dovrà, combinare più facilmente con altri strumenti a rilievo statale (lavoro, previdenza) che trovano già nello *status positivus* della dignità un incrementale ritorno alla dinamica attiva della persona (39). Si pensi alle politiche attive del lavoro e di collocamento, al concetto di *flexicurity*, alla laboriosità, alla condizionalità nel sostegno al reddito, alla formazione professionale ecc. Di qui potranno immaginarsi nuove forme, anche evolutive, di combinazione tra strumenti di promozione dell'occupabilità (mercato del lavoro-formazione), sostegno al reddito (previdenza pubblica e privata) e – questo è il valore aggiunto – assistenza sociale, in cui la misurabilità del reddito (*means tested*) diviene necessariamente trasversale, incidendo su tutta la strumentazione che viene posta a servizio della persona in termini di mezzi necessari per vivere e mezzi adeguati alle esigenze di vita. Il che è fortemente determinato dagli effetti che la concorrenza internazionale ha sul sistema italiano. La sicurezza sociale, nel relativo insieme complesso, è necessariamente plasmata da tale concorrenza tanto che le norme europee di tenuta finanziaria, come in premessa abbiamo sottolineato, chiedono un *re-casting*, o rimodulazione, del *welfare* e delle relative politiche. Tutto ciò, tuttavia, né giustifica una sorta di assorbimento automatico di ciò che è soggetto a misurabilità reddituale (*means tested*) nell'assistenza sociale, né tantomeno supera la distinzione giuridica tra assistenza e previdenza, anche perché «i mezzi necessari per vivere non possono identificarsi con i mezzi adeguati alle esigenze di vita: questi ultimi comprendono i primi ma non si esauriscono in essi. Il confronto fra le due espressioni, usate peraltro nello stesso articolo, conduce a rilevare che il Costituente, privilegiando la posizione dei lavoratori, anche in considerazione del contributo di benessere offerto alla collettività oltreché delle contribuzioni previ-

(39) Su questo punto rinvio ai miei studi in M. Faioli, *Pre-occupazione e in-occupazione giovanile. Risposte del diritto «riflessivo» al mercato del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2012 n. 2, pp. 376-393, nonché M. Faioli, *Decency at work. Della tensione della dignità al lavoro*, Nuova Cultura, Roma, 2009.

denziali prestate, nel comma 1 dell'art. 38 Cost. garantisce ai cittadini il minimo esistenziale, i mezzi necessari per vivere, mentre nel comma 2 dello stesso articolo garantisce non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari, di pura "sussistenza" materiale, bensì anche il soddisfacimento di ulteriori esigenze relative al tenore di vita dei lavoratori» (Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31). Il rapporto giuridico assistenziale si fonda, dunque, sull'obbligo a garantire mezzi necessari per vivere (minimo esistenziale e alimentare) che richiede «un'indifferenziazione, un'uniformità, una determinazione quantitativa unica, per tutti i cittadini» (Corte cost. 5 febbraio 1986, n. 31). Il problema è, a questo punto, misurare il livello di uniformità o la determinazione quantitativa unica, prendendo contestualmente in considerazione sia gli istituti di assistenza a erogazione periodica (prestazioni assistenziali in forma di indennità o assegni) che gli istituti di assistenza attuati mediante servizi sociali. Il problema è, soprattutto, giuridico. Il derivato economico dipende dall'inquadramento giuridico. Il «come», per intendersi sulle parole, è il «come» giuridico della misurabilità del livello uniforme di quel mix di prestazioni assistenziali-servizi sociali, a cui sarebbe possibile sommare anche quelle previdenziali, che, successivamente, diviene algoritmo economico. Il come giuridico è collegabile alla misurabilità reddituale. Non ci si sono alternative. In altri termini, e trasversalmente, la misurabilità reddituale (*means tested*) è la leva su cui appoggiare, in prima battuta, ogni strumento che garantisca il mix di prestazioni sopra detto – nel senso di verifica necessaria e preliminare della deprivazione materiale effettiva – e, in seconda battuta, l'accesso a forme di assistenza con incentivazione comportamentale (*status positivus*), nei limiti dell'abilità, intesa in senso più ampio per tipo di servizio e prestazione, e in terzo luogo – se vi sono le condizioni –, l'accesso a prestazioni previdenziali. La misurazione reddituale, che richiama il diritto sulle cose di cui abbiamo detto sopra, è una forma di contrasto alla deprivazione materiale perché permette di individuare il soggetto che necessita di mezzi per vivere. Ma ciò non basta. Si deve guardare alla controreazione che deriva dalla combinazione tra istituti assistenziali e istituti non assistenziali e, dunque, allo strumentario previdenziale e giuslavoristico. Da quella misurazione, infatti, si snoda la possibile combinazione tra istituti assistenziali (prestazioni e servizi) e istituti non assistenziali. Il che dovrebbe avvenire fissando nella dignità umana dello *status positivus* (e non più di quello negativo), da una parte, il limite esterno alla legislazione, nazionale ed europea, per il quadro delle competenze Stato-Regioni, con l'intrinseco principio di uniformità per tutti

i cittadini e l'assorbimento nei livelli minimi essenziali di una serie di istituti non solo emergenziali, e, dall'altra, ove necessario per ragioni di saldi-equilibri finanziari pubblici, il piano tecnico-giuridico entro cui muovere il bilanciamento sui diritti sociali a soddisfazione necessaria, tra norme costituzionali di protezione (art. 38 Cost.) e nuove norme costituzionali di sostenibilità economica (artt. 81, 97 Cost.). Il contrasto alla deprivazione materiale avviene, in definitiva, seguendo una visione più contemporanea che è orientata a migliorare l'attuale assetto giuridico-sociale connesso all'art. 38 Cost., mediante plurali, diverse, coordinate controreazioni alla deprivazione materiale.

ABSTRACT

Il presente saggio analizza gli effetti di contrasto alla deprivazione materiale attuato mediante l'assistenza sociale. Il che viene sviluppato fissando nella dignità umana (status positivus), da una parte, il limite esterno alla legislazione, nazionale ed europea, e al complicato quadro delle competenze Stato-Regioni, nonché, dall'altra, per ragioni di saldi-equilibri finanziari pubblici, il piano tecnico-giuridico entro cui muovere il bilanciamento sui diritti sociali a soddisfazione necessaria, tra norme costituzionali di protezione (art. 38 Cost.) e nuove norme costituzionali di sostenibilità economica (artt. 81, 97 Cost.). Viene analizzato il modello di test di proporzionalità, il menzionato piano delle competenze Stato-Regioni, la possibile valorizzazione della persona inabile al lavoro. Si propone, nelle conclusioni, uno schema di combinazione tra istituti assistenziali (prestazioni e servizi), istituti di natura previdenziale, istituti di facilitazione per l'accesso al lavoro.

SOCIAL ASSISTANCE IN ITALY AND THE EUROPEAN FINANCIAL SUSTAINABILITY REGIME

This essay deals with a critical approach to a recent reform concerning financial sustainability of social assistance policies against material deprivation. Namely the analysis focuses the linkages between art. 38 (1) and art. 81 and 97 of the Italian Constitution. At first sight, the analysis deals, on one hand, with the s.c. proportionality test between social rights and financial sustainability and, on the other, with the ruling competencies' frame of State-Regions. In this article the Author argues how such proportionality test can be carried out in our legal system, the limits of such competencies' frame, the extent to which a person can be supported in order to valorize his/her labor power in the market to satisfy his/her most basic needs. In this perspective, the Author explores the Italian system of social security assistance schemes and the related recent case law. The essay concludes that a multi-dimensional approach of a welfare regime may better respond to basic needs of the people and to protection of dignity and freedom.

Domenico Garofalo (*)

IL FINANZIAMENTO DELLE MISURE DI SOSTEGNO AL REDDITO DOPO LA RIFORMA FORNERO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il finanziamento del sistema Aspi. — 3. Il finanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga. — 4. Il finanziamento delle prestazioni a carico dei fondi bilaterali. — 4.1. Contribuzione ordinaria. — 4.2. Contribuzione addizionale. — 4.3. Contribuzione straordinaria. — 4.4. Disposizioni generali. — 5. La tutela dei lavoratori anziani.

1. — *Premessa* — La legge 28 giugno 2012, n. 92, rappresenta la tappa finale (per ora) (1) di un lungo e tormentato processo di riforma delle misure di sostegno al reddito, che si regge su tre strumenti attuativi, e cioè un ammortizzatore di carattere universale, denominato «Aspi»

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

(1) Nel cd. «*Jobs Act*» è prevista una delega in materia di ammortizzatori sociali da esercitarsi sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: «rivedere i criteri di concessione e utilizzo delle integrazioni salariali escludendo i casi di cessazione aziendale; semplificare le procedure burocratiche anche con la introduzione di meccanismi automatici di concessione; prevedere che l'accesso alla cassa integrazione possa avvenire solo a seguito di esaurimento di altre possibilità di riduzione dell'orario di lavoro; rivedere i limiti di durata, da legare ai singoli lavoratori; prevedere una maggiore compartecipazione ai costi da parte delle imprese utilizzatrici; prevedere una riduzione degli oneri contributivi ordinari e la loro rimodulazione tra i diversi settori in funzione dell'effettivo utilizzo; rimodulare l'Aspi omogeneizzando tra loro la disciplina ordinaria e quella breve; incrementare la durata massima dell'Aspi per i lavoratori con carriere contributive più significative; estendere l'applicazione dell'Aspi ai lavoratori con contratti di co.co.co., prevedendo in fase iniziale un periodo biennale di sperimentazione a risorse definite; introdurre massimali in relazione alla contribuzione figurativa; valutare la possibilità che, dopo l'Aspi, possa essere riconosciuta un'ulteriore prestazione in favore di soggetti con indicatore Isee particolarmente ridotto; eliminare lo stato di disoccupazione come requisito per l'accesso a prestazioni di carattere assistenziale». Su una nuova riforma degli ammortizzatori sociali a distanza di neanche due anni da quella attuata con la legge n. 92/2012 ogni commento appare superfluo (!).

(sottosistema pubblico di matrice statale, per il cui finanziamento sono previsti contributi ulteriori a carico dei datori di lavoro); un sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, affidato, ove non utilizzabile la Cig, ma mutuandone il criterio dimensionale di applicazione, ai fondi di solidarietà (sottosistema privato bilaterale, finanziato integralmente dai datori di lavoro e dai lavoratori); e infine, alcuni strumenti di gestione degli esuberi strutturali ultracinquantenni, il cui costo è interamente a carico delle imprese.

Come si vede, il legislatore ha inteso far gravare la maggior parte dei costi della riforma degli ammortizzatori sociali proprio sulle imprese, incrementando gli oneri contributivi a loro carico, contestualmente decrementando i livelli di tutela per i lavoratori se si effettua una valutazione d'insieme tra le tutele accordate e quelle eliminate. Al contempo si assiste a una consistente sostituzione del *welfare* pubblico con quello negoziale, diventato obbligatorio, con costi a totale carico delle imprese.

Volendo offrire una lettura della riforma Monti-Fornero dal punto di vista finanziario, si può affermare che essa è stata orientata al perseguimento dei seguenti obiettivi: 1) ridurre drasticamente la spesa pubblica per gli ammortizzatori sociali; 2) incrementare in misura consistente la partecipazione delle imprese al finanziamento del sistema; 3) accentuare il ruolo del *welfare* negoziale, privandolo della sua connotazione volontaristica e integrativa e trasformandolo in un sistema sostitutivo di quello pubblico generale, obbligatorio nell'area della tutela reale, e cioè per le imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, comma 10) (2).

Più in generale con la riforma Fornero, la maggiore flessibilità in uscita è stata in un certo qual modo controbilanciata, in primo luogo, da una serie di limitazioni alla flessibilità in entrata, specie nell'area del lavoro non subordinato; in secondo luogo, dal maggior costo addossato alle imprese per fronteggiare la disoccupazione.

Le modalità di finanziamento riferibili ai singoli strumenti di sostegno al reddito prima richiamati sono oggetto della presente riflessione (3),

(2) Dopo aver sottolineato che l'obbligatorietà della istituzione dei fondi bilaterali riguarda la «doverosità dello strumento» ma non un vincolo per le organizzazioni sindacali, M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in Aa.Vv., *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 22, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale della normativa sui fondi rispetto ai precetti di cui agli artt. 3 e 38 Cost. sotto molteplici profili.

(3) Per una prima riflessione sul tema, vd. D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali*,

dalla quale fuoriesce il trattamento di mobilità che cesserà, salvo ripensamenti da parte del legislatore (4), a partire dal 1° gennaio 2017 (5).

2. — *Il finanziamento del sistema Aspi* — Il sistema Aspi – introdotto con l'art. 2, legge n. 92/2012, a partire dal 1° gennaio 2013, ove non fruibile l'indennità di mobilità e quella speciale edile e dal 1° gennaio 2017 in via generale, una volta abrogate queste due indennità alla scadenza del periodo transitorio (6) – viene alimentato da una doppia contribuzione, e cioè, quella obbligatoria nel corso del rapporto di lavoro e quella addizionale, differenziata a seconda che il rapporto sia a tempo determinato o a tempo indeterminato, in quanto per la prima ipotesi il contributo è versato nel corso del rapporto di lavoro (7); viceversa, per la seconda è versato in unica soluzione alla cessazione dello stesso.

La vera novità del sistema di finanziamento dell'Aspi è rappresentata, quindi, dal contributo addizionale introdotto *ex novo* per i rapporti a termine, e per quelli a tempo indeterminato in tutte le ipotesi di cessazione del rapporto, per causa diversa dalle dimissioni, in un certo qual modo generalizzando il contributo addizionale già previsto per la mobilità.

Inoltre, muta la platea dei datori di lavoro assoggettati all'obbligazione contributiva, risultando escluse solo le pubbliche amministrazioni, limitatamente ai dipendenti a tempo indeterminato; per quelli a tempo determinato è dovuta la contribuzione ordinaria (8), ma non anche quella addizionale (9).

in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 166 ss., e spec. pp. 182-185; per una riflessione molto più approfondita, vd. D. Garofalo, *La tutela della disoccupazione tra sostegno al reddito e incentivo alla ricollocazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, a cura di M. Broglio, *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, pp. 544-890.

(4) Vd. art. 2, comma 46-*bis*, legge n. 92/2012.

(5) Vd. art. 2, comma 46, legge n. 92/2012. Cfr. G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 488 ss.

(6) Vd. art. 2, comma 71, lett. a, b, c, g, legge n. 92/2012.

(7) Giova ricordare che la legge n. 92/2012 prevede che, «con effetto sui periodi contributivi maturati a decorrere dal 1° gennaio 2013, al finanziamento delle indennità di cui ai commi da 1 a 24 concorrono i contributi di cui agli articoli 12, comma 6, e 28, comma 1, della legge 3 giugno 1975, n. 160» (art. 2, comma 25).

(8) Vd. l'art. 2, comma 25, legge n. 92/2012.

(9) Vd. l'art. 2, comma 29, lett. d, legge n. 92/2012.

La contribuzione obbligatoria è pari all'1,31% (10), a cui va poi aggiunta quella dello 0,30% prevista dall'art. 25, comma 4, legge n. 845/1978, con un importo complessivo dell'1,61% (11).

Per effetto dell'estensione agli apprendisti della tutela contro la disoccupazione, si è provveduto all'adeguamento della disciplina del d.lgs. n. 167/2011, inserendo nell'art. 2, comma 2, la lett. *e-bis*, che prevede una contribuzione aggiuntiva a quella di cui all'art. 1, comma 773, legge n. 296/2006, con effetto sui periodi contributivi maturati a decorrere dal 1° gennaio 2013, dovuta dai datori di lavoro per gli apprendisti artigiani e non artigiani, nella misura dell'1,31% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Resta fermo che con riferimento a tale contribuzione non operano le disposizioni di cui all'articolo 22, comma 1, legge n. 183/2011, e cioè lo sgravio totale triennale per le assunzioni effettuate nel periodo 1° gennaio 2012-31 dicembre 2016 (art. 2, comma 36, legge n. 92/2012).

Il legislatore ha previsto la non estensione alla contribuzione obbligatoria per la disoccupazione involontaria delle disposizioni agevolative che rimandano, per l'identificazione dell'aliquota applicabile, alla contribuzione nella misura prevista per gli apprendisti (art. 2, comma 37, legge n. 92/2012).

Con una collocazione discutibile all'interno della disposizione sul finanziamento dell'Aspi, si prevede l'aggiunta di quest'ultima tra le tutele accordate ai soci lavoratori di società cooperative di lavoro, *ex d.P.R.* n. 602/1970 (art. 2, comma 38, legge n. 92/2012). Giova ricordare che la legge n. 142/2001 ha eliminato per questa categoria di soci il minimale giornaliero estendendo loro il minimale *ex art.* 1, legge n. 389/1989.

Tale contribuzione soggiace alle eventuali riduzioni, per il conteni-

(10) Si tratta del cd. contributo integrativo per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria stabilito nella misura dell'1,30 per cento della retribuzione, dall'art. 12, comma 6, a cui si aggiunge un ulteriore 0,01%, previsto dall'art. 28, comma 1, legge 3 giugno 1975, n. 160.

(11) Una serie di precisazioni sulla contribuzione Aspi è stata fornita dall'Inps con la circolare n. 44/2013; in particolare l'Istituto ricorda che il contributo dell'1,61% è dovuto in misura piena per gli apprendisti, compresi quelli per i quali opera lo sgravio contributivo introdotto dalla legge n. 183/2011, nonché per quelli mantenuti in servizio al termine del periodo formativo *ex art.* 7, comma 9, d.lgs. n. 167/2011. Viceversa per gli apprendisti assunti dalle liste di mobilità *ex art.* 7, comma 4, d.lgs. n. 167/2011, rimane invariata l'aliquota contributiva del 10% per i primi 18 mesi di rapporto. Per i lavoratori somministrati l'aliquota è quella dell'1,31%, non applicandosi agli stessi l'ulteriore dello 0,30% *ex art.* 25, legge n. 845/1978.

mento del costo del lavoro, previste dall'art. 120, legge n. 388/2000 (12) e dall'art. 1, comma 361, legge n. 266/2005 (13).

Inoltre, sono applicabili le misure compensative di cui all'art. 8, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248/2005 (14).

Per i soci lavoratori delle cooperative il contributo è decurtato della quota di riduzione di cui all'art. 120, legge n. 388/2000, e all'art. 1, comma 361, legge n. 266/2005, che non sia stata ancora applicata, a causa della mancata capienza delle aliquote vigenti alla data di entrata in vigore delle citate leggi (art. 2, comma 27, legge n. 92/2012) (15).

(12) Nei confronti dei datori di lavoro operanti nei settori per i quali l'aliquota contributiva per assegni per il nucleo familiare è dovuta in misura inferiore a 0,8 punti percentuali, è riconosciuto un ulteriore esonero nella misura di 0,4 punti percentuali a valere sui versamenti di altri contributi sociali dovuti dai medesimi datori di lavoro alla gestione di cui al medesimo comma 1, prioritariamente considerando i contributi per maternità e per disoccupazione; in ogni caso il complessivo esonero non può superare la misura di 0,8 punti percentuali.

(13) A norma dell'art. 1, comma 361, legge n. 266/2005, a decorrere dal 1° gennaio 2006 è riconosciuto ai datori di lavoro un esonero dal versamento dei contributi sociali alla gestione di cui al presente articolo nel limite massimo complessivo di un punto percentuale. Per le modalità operative del suddetto esonero vedi il comma 362 del medesimo articolo 1.

(14) A decorrere dal 1° gennaio 2008, è riconosciuto, in funzione compensativa, l'esonero dal versamento dei contributi sociali da parte degli stessi datori di lavoro dovuti alla gestione di cui all'art. 24, legge n. 88/1989, per ciascun lavoratore, nella misura dei punti percentuali indicati nell'allegata tabella A, applicati nella stessa percentuale di Tfr maturando conferito alle forme pensionistiche complementari e al predetto Fondo presso la tesoreria dello Stato.

(15) Durante i lavori svolti in Commissione lavoro al Senato sul d.d.l. 3249-AS, anche la contribuzione per i soci lavoratori delle cooperative è stata oggetto di revisione. Infatti, qualora per i lavoratori soci le quote di riduzione risultino già applicate, si prevede che si possa comunque procedere a un allineamento graduale alla nuova aliquota Aspi, così come definita dall'art. 2, commi 25 e seguenti, subordinatamente all'adozione annuale di un decreto interministeriale, in assenza del quale le disposizioni transitorie in materia di contribuzione per i soci di cui al comma 27 non trovano applicazione. La nuova aliquota prevede incrementi annui pari allo 0,26% per gli anni 2013, 2014, 2015, 2016 e pari allo 0,27% per l'anno 2017. Contestualmente, con incrementi pari allo 0,06% si procederà all'allineamento graduale all'aliquota del contributo destinato al finanziamento dei Fondi interprofessionali per la formazione continua ai sensi dell'art. 25, legge 21 dicembre 1978, n. 845. A decorrere dall'anno 2013 e fino al pieno allineamento alla nuova aliquota Aspi, le prestazioni Aspi e miniAspi vengono annualmente rideterminate, in funzione dell'aliquota effettiva di contribuzione, con decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il ministro dell'Economia e delle Finanze, da emanare

Una delle novità di rilievo è la previsione, a decorrere dal 1° gennaio 2013, di un contributo addizionale, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, a carico del datore di lavoro che utilizzi rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato, ivi compreso il lavoro domestico (16). Il contributo è dovuto, pertanto, sia per le assunzioni con contratto di lavoro intermittente a tempo determinato sia per la somministrazione di lavoro a termine (17).

È escluso il pagamento di tale contributo per i lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti; nonché per quelli assunti a termine per lo svolgimento delle attività stagionali di cui al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni. Inoltre, l'esclusione opera per i periodi contributivi maturati dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, per lo svolgimento delle attività definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Il contributo addizionale è escluso, poi, per gli apprendisti, senza alcuna distinzione tra apprendisti a tempo indeterminato e quelli a termine, previsti dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 167/2011, considerato che in quest'ultimo caso si tratta di apprendistato stagionale, sicché opera l'esimente prevista per le attività stagionali.

Infine, sono esentate dal contributo le pubbliche amministrazioni di

entro il 31 dicembre di ogni anno precedente l'anno di riferimento, tenendo presente, in via previsionale, l'andamento congiunturale del relativo settore con riferimento al ricorso agli istituti dell'Aspi e della miniAspi e garantendo in ogni caso una riduzione della commisurazione delle prestazioni alla retribuzione proporzionalmente non inferiore alla riduzione dell'aliquota contributiva per l'anno di riferimento rispetto al livello a regime. Sostanzialmente, si interviene secondo una concezione puramente assicurativa, evitando che la prestazione possa non tener conto della contribuzione versata e per questo motivo se ne prevede la decurtazione. Giova evidenziare che per l'anno 2013 è stato adottato il decreto interministeriale 25 gennaio 2013, n. 71253, cui ha fatto seguito la circolare Inps n. 44/2013, che ha dettato istruzioni operative e procedurali in ordine all'ambito di applicazione, *all'ammontare dell'aliquota e della prestazione e alle modalità di calcolo della prestazione in presenza di contribuzione piena e di contribuzione ridotta nel periodo di riferimento.*

(16) Vd. art. 2, comma 28, legge n. 92/2012; la circolare ministero del Lavoro n. 25/2013, ribadendo l'obbligatorietà del contributo dell'1,40%, esclude però il contributo Aspi da parte del datore di lavoro domestico, in caso di licenziamento. Per tutte le assunzioni a tempo determinato agevolate (ad es., quelle degli *over 50* disoccupati da oltre 12 mesi o delle donne *ex art. 4*, commi 8 e 11, legge n. 92/2012) la riduzione riguarderà anche il contributo addizionale dell'1,40% (così circolare Inps n. 44, cit., punto 5).

(17) Vd. interpello ministero del Lavoro n. 15 del 17 aprile 2013.

cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, verosimilmente in quanto le pubbliche amministrazioni, a differenza dei datori di lavoro privati, fanno ricorso alle assunzioni a termine non per scelta, ma per necessità (18).

Con decorrenza dal 1° gennaio 2014 (19), l'aliquota contributiva del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori somministrati, assunti con contratto a tempo determinato per l'esercizio di attività di somministrazione, era ridotta al 2,6%, per effetto della previsione della contribuzione aggiuntiva dell'1,4%, in tal modo mantenendo inalterata la originaria percentuale del 4%, prevista anche per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 276/2003; tale scelta era abbastanza discutibile in quanto faceva venir meno l'effetto di penalizzazione perseguito con la contribuzione aggiuntiva per le assunzioni a termine; con decorrenza dal 1° gennaio 2014 tale riduzione è stata soppressa (20), sicché non ha mai trovato applicazione.

Allo scopo di incentivare la stabilizzazione dei lavoratori assunti a termine, è prevista la restituzione integrale (21) del contributo aggiuntivo al datore di lavoro che trasformi il contratto a tempo indeterminato ovvero assuma il lavoratore con un contratto a tempo indeterminato entro sei mesi dalla cessazione del precedente contratto a termine; in tale ultimo caso la restituzione avviene detraendo dalle mensilità spettanti un numero pari a quelle trascorse prima dell'assunzione dalla cessazione del precedente rapporto di lavoro a termine.

Invero, improvvidamente si condiziona la restituzione al «decorso del periodo di prova», considerato che nel caso di trasformazione, e cioè di prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto sorto a termine, non può esservi periodo di prova, in quanto è l'originario rapporto che prosegue alla scadenza o prima che scada il termine.

Ulteriore novità è rappresentata dal contributo aggiuntivo per licenziamento (art. 2, commi 31-35, legge n. 92/2012). La disposizione che lo prevede non brilla per chiarezza, considerato che si utilizza l'espres-

(18) Vd. art. 2, comma 29, legge n. 92/2012.

(19) L'originaria data del 1° gennaio 2013, ex art. 2, comma 39, legge n. 92/2012, era slittata al 1° gennaio 2014, come disposto dall'art. 1, comma 250, lett. g, legge n. 228/2012.

(20) Vd. l'art. 1, comma 136, legge n. 147/2013, che ha abrogato il comma 39 dell'art. 2, legge n. 92/2012.

(21) Vd. l'art. 1, comma 135, legge n. 147/2013, ha soppresso l'originaria previsione contenuta nell'art. 2, comma 30, legge n. 92/2012, che limitava la restituzione alle ultime sei mensilità.

sione «interruzione di un rapporto di lavoro», in luogo di quella di «cessazione del rapporto di lavoro», alla quale rimanda la successiva espressione «per causa diversa dalle dimissioni». Perplesità ha suscitato la previsione secondo cui al contributo addizionale soggiace anche il datore di lavoro che abbia licenziato il dipendente per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

In replica e a sostegno della scelta legislativa, si è affermato che al pari dell'indennità di maternità riconosciuta alla lavoratrice madre licenziata per motivi disciplinari, il licenziamento disciplinare può essere considerato un'adeguata risposta dell'ordinamento al comportamento del lavoratore/trice e pertanto negare la corresponsione dell'Aspi costituirebbe un'ulteriore reazione sanzionatoria nei suoi confronti. Sicché nel caso di licenziamento disciplinare, il relativo contributo è dovuto in quanto si tratta di recesso che, ove sussista il requisito contributivo, dà diritto all'Aspi (22).

Il contributo di licenziamento è dovuto anche nel caso di recesso *ex* art. 2096 cod. civ. per mancato superamento della prova, ove sorga in capo al lavoratore il diritto teorico all'Aspi (23). Lo stesso è dovuto, altresì, nel caso di licenziamento adottato dagli organi delle procedure concorsuali, in quanto la legge n. 92/2012 non ha riprodotto in relazione all'Aspi la disposizione esonerativa del contributo di mobilità, contenuta nell'art. 3, comma 3, legge n. 223/1991. Considerato che l'art. 3 da ultimo citato è stato abrogato con decorrenza dal 1° gennaio 2016 (24), il contributo in questione è dovuto a far tempo dal 1° gennaio 2013 dalle procedure concorsuali per le aziende non soggette alla legge n. 233/1991; viceversa, per quelle soggette opererà l'esclusione del contributo di mobilità fino al 31 dicembre 2015 e dal 1° gennaio successivo sarà dovuto il contributo di licenziamento (25).

La misura del contributo, originariamente prevista in una somma pari al 50% del massimale mensile di Aspi (26) per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni (27), è stata ridotta al 41% (28).

(22) Vd. interpello ministero del Lavoro n. 29 del 23 ottobre 2013.

(23) Vd. messaggio Inps n. 10358 del 27 giugno 2013, punto 1.1.

(24) Art. 2, comma 70, ultimo inciso, legge n. 92/2012.

(25) Vd. messaggio Inps n. 10358, cit., punto 2.

(26) Il riferimento legislativo va inteso come un richiamo alla somma limite di cui all'art. 2, comma 7, legge n. 92/2012, annualmente rivalutata in base all'indice Istat; sicché per il 2013 il contributo è pari a euro 483,80 (41% di euro 1180,00), mentre per il 2014 a euro 489,00 (41% di euro 1198,98).

(27) Vd. l'art. 2, comma 31, legge n. 92/2012.

(28) Vd. l'art 1, comma 250, lett. f, legge n. 228/2012.

Nel caso di licenziamento collettivo, a decorrere dal 1° gennaio 2017, ove nel corso della procedura di cui all'art. 4, legge n. 223/1991, non sia intervenuto accordo sindacale, il contributo è moltiplicato per tre volte, in tal modo riproducendosi l'analoga previsione contenuta nell'art. 24, comma 3, legge n. 223/1991, che eleva a nove mensilità il contributo addizionale di mobilità in caso di mancato accordo sindacale. Non è ammessa, a differenza del contributo di mobilità, la rateizzazione.

Il contributo, in ogni caso, è totalmente scollegato dall'importo della prestazione individuale, sicché è dovuto nella misura innanzi riferita a prescindere dalla tipologia del rapporto di lavoro cessato (*full-time* o *part-time*) (29).

Per i rapporti di lavoro di durata inferiore a 12 mesi (compresi quelli in prova) il contributo va rideterminato in proporzione al numero dei mesi di durata del rapporto di lavoro (30).

Passando ora al computo dell'anzianità aziendale, che incide sulla misura del contributo, in essa devono essere inclusi anche i periodi di lavoro con contratto diverso da quello a tempo indeterminato se il rapporto è proseguito senza soluzione di continuità o se comunque si è dato luogo alla restituzione di cui all'art. 2, comma 30, legge n. 92/2012. Per i lavoratori intermittenti, con o senza indennità di disponibilità, i periodi non lavorati non concorrono nel computo dell'anzianità aziendale (31). Del pari sono esclusi dal computo i periodi di congedo straordinario *ex* art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 (32).

Il contributo addizionale è dovuto anche nel caso di licenziamento dell'apprendista nel corso del rapporto ovvero di dimissioni dello stesso per giusta causa o intervenute durante il periodo tutelato per maternità (33); in caso di disdetta *a latere datoris*, al termine del periodo di apprendistato, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *m*, d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167; in caso di risoluzione consensuale concordata in sede di conciliazione intervenuta dinanzi alla Dtl a seguito del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dal novellato art. 7, legge n. 604/1966.

Il contributo addizionale per l'Aspi è escluso fino al 31 dicembre

(29) Vd. circolare Inps n. 44/2013, punto 2.

(30) Nella circolare n. 44, cit., l'Inps precisa che per prestazioni di durata pari almeno a quindici giorni di calendario si considera il mese intero.

(31) Vd. messaggio Inps n. 10358, cit.

(32) Vd. circolare Inps n. 44, cit., e messaggio Inps n. 10358, cit.

(33) Vd. circolare Inps n. 44, cit., punto 2.

2016 se è dovuto il contributo di cui all'articolo 5, comma 4, legge n. 223/1991, destinato a essere abrogato con decorrenza 1° gennaio 2017 (art. 2, comma 33, legge n. 92/2012).

Ulteriore esclusione del contributo in questione, ma limitatamente al triennio 2013-2015, riguarda due ipotesi particolari di licenziamento. La prima è quella dei licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso l'appaltatore subentrante, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; la seconda riguarda le cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere. In quest'ultimo caso l'utilizzo della «e» non lascia ben intendere se si tratta di condizione alternativa o concorrente, apparendo preferibile quest'ultima. Ma a prescindere da ciò, l'inclusione nell'area dell'obbligo, una volta terminato il periodo transitorio di esclusione, di queste due ipotesi di recesso appare irrazionale se non proprio iniqua e vessatoria per le imprese edili e quelle appaltatrici di servizi, nel primo caso per la ricorrenza del fenomeno della chiusura del cantiere per fine lavori, nel secondo caso, considerato che i lavoratori transitano alle dipendenze del nuovo appaltatore anche se, in tale ipotesi, ove non ci sia soluzione di continuità, non vi sarà diritto all'Aspi e quindi non sarà dovuto il contributo.

Ulteriore ipotesi di esclusione è prevista dall'art. 34, comma 54, lett. *b*, legge n. 221/2012, per i licenziamenti adottati a seguito di accordi sindacali che prevedano l'esodo di lavoratori anziani ai sensi dell'art. 4, commi 1/7-*ter*, legge n. 92/2012 (34).

Completano la disciplina in tema di finanziamento dell'Aspi alcune disposizioni di carattere generale, che fuoriescono cioè dalla regolamentazione specifica della contribuzione obbligatoria e addizionale posta a carico dei datori di lavoro di cui si è innanzi trattato.

In primo luogo, si prevede che a tale contribuzione si applichi la disposizione di cui all'art. 26, comma 1, lett. *e*, della legge n. 88/1989, secondo cui il «comitato amministratore della gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti» (di cui all'art. 25 della legge n. 88, cit.) ha anche il compito di decidere in unica istanza sui ricorsi in materia di contributi dovuti alla gestione (art. 2, comma 43, legge n. 92/2012).

(34) Vd. circolare Inps n. 44, cit., punto 3.

In secondo luogo, con i commi 47, 48 e 49 dell'art. 2 della legge n. 92/2012 si dispone che «a decorrere dal 1° gennaio 2019 le maggiori somme derivanti dall'incremento dell'addizionale di cui all'articolo 6-*quater*, comma 2, del decreto legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, come modificato dal comma 48 del presente articolo, sono riversate alla gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali dell'Inps, di cui all'articolo 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88, e successive modificazioni» (comma 47, cit.). Si tratta dell'incremento di tre euro a passeggero sull'addizionale comunale sui diritti di imbarco destinato fino al 31 dicembre 2018 anche ad alimentare il Fondo speciale per il sostegno del reddito e dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione del personale del settore del trasporto aereo costituito ai sensi dell'art. 1-*ter*, d.l. n. 249/2004, n. 249, conv. con modif. in legge n. 291/2004, n. 291 (da ultimo, vd. art. 13, comma 21, lett. *b*, d.l. n. 145/2013, conv. con modif. in legge n. 9/2014).

La riscossione dell'incremento dell'addizionale comunale sui diritti di imbarco avviene a cura dei gestori di servizi aeroportuali, con le modalità in uso per la riscossione dei diritti di imbarco, e il versamento da parte delle compagnie aeree avviene entro tre mesi dalla fine del mese in cui sorge l'obbligo; le somme riscosse sono comunicate mensilmente all'Inps da parte dei gestori di servizi aeroportuali con le modalità stabilite dall'Istituto e riversate allo stesso Istituto, entro la fine del mese successivo a quello di riscossione (comma 48, cit.); i soggetti tenuti alla riscossione trattengono, a titolo di ristoro per le spese di riscossione e comunicazione, una somma pari allo 0,25 per cento del gettito totale (comma 49, cit.).

Ultima notazione concerne l'indennità di disoccupazione in favore dei co.co.pro., prevista dall'art. 2, commi da 51 a 55, legge n. 92/2012, finanziata a decorrere dall'anno 2013, nei limiti delle risorse di cui al comma 1 dell'art. 19 del d.l. n. 185/2008, conv. con modif. in legge n. 2/2009, come successivamente modificato (35), integrate nella misura

(35) L'art. 19, comma 1, cit., recita: «Nell'ambito del Fondo per l'occupazione di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, fermo restando quanto previsto dal comma 8 del presente articolo, sono preordinate le somme di 289 milioni di euro per l'anno 2009, di 304 milioni di euro per ciascuno degli anni 2010 e 2011 e di 54 milioni di euro a decorrere dall'anno 2012, nei limiti delle quali è riconosciuto l'accesso, secondo le modalità e i criteri di priorità stabiliti con il decreto di cui al comma 3, ai seguenti istituti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro, ivi

di sessanta milioni di euro annui per il triennio 2013, 2014 e 2015 (art. 2, commi 51 e 56, lett. *e*, legge n. 92/2012).

3. — *Il finanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga* — Uno dei punti fondamentali della riforma degli ammortizzatori sociali varata nel 2012 è il superamento del fenomeno degli ammortizzatori in deroga, cioè concessi in deroga alla normativa standard con riferimento ai datori ammessi all'utilizzo degli stessi e alla durata dell'intervento (36).

La crisi economico-produttiva iniziata nel 2008, e purtroppo tuttora non superata, ha favorito il diffondersi di tale strumentazione in forma degenerata (ad esempio, prima che le risorse finanziarie si riducessero drasticamente la cassa integrazione in deroga è stata concessa all'avvocato che sospendeva dal lavoro la segretaria), sicché con sollievo si è preso atto dell'intento del legislatore di superare il sistema in deroga, prevedendo un regime transitorio per gli anni 2013-2016 «al fine di garantire la graduale transizione verso il regime delineato dalla riforma degli ammortizzatori sociali di cui alla presente legge...» (art. 2, comma 64, legge n. 92/2012).

In questo quadriennio è prevista la possibilità di concedere trattamenti di integrazione salariale e mobilità «in deroga alla normativa vigente» sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, ovviamente nei limiti delle risorse finanziarie a tal fine destinate nell'ambito del Fondo sociale per l'occupazione e formazione di cui all'art. 18, comma 1, lett. *a*, d.l. n. 185/2008 (art. 2, comma 64, legge n. 92/2012).

Sempre nei limiti di tali risorse si prevede la possibilità di prorogare, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, con progressiva riduzione del trattamento (cd. *décalage*), i trattamenti concessi ai sensi dell'art. 33, comma 21, legge n. 183/2011, nonché ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *a*, cit. (art. 2, comma 66, legge n. 92/2012).

Il 22 novembre 2012 è stata siglata l'intesa in sede di conferenza permanente Stato, Regioni, Province autonome per l'intervento in deroga nell'anno 2013 (37), per il cui finanziamento sono state previste

includendo il riconoscimento della contribuzione figurativa e degli assegni al nucleo familiare, nonché all'istituto sperimentale di tutela del reddito di cui al comma 2».

(36) Sia consentito il rinvio a D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali in deroga. Dal d.l. n. 185/2008 alla legge n. 191/2009 (legge finanziaria 2010)*, Ipsoa, Milano, 2010.

(37) Vd. messaggio Inps n. 371 del 1° marzo 2013.

risorse aggiuntive a quelle stanziare dalla legge Fornero (38). Le risorse non utilizzate per il 2013 sono state destinate a un'ulteriore proroga dei trattamenti concessi per il 2014 (39).

Allo stato, non si escludono ulteriori proroghe, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili.

Da segnalare, infine, che la Cig in deroga è stata estesa per il 2014 al settore della pesca (40).

4. — *Il finanziamento delle prestazioni a carico dei fondi bilaterali* — Sul ruolo del bilateralismo in funzione sostitutiva, ma anche integrativa, del *welfare* pubblico, si è altrove – e a più riprese – già trattato (41), mettendosi in evidenza sul piano meramente descrittivo la mutazione genetica del fenomeno, che la riforma Fornero ha trasformato da volontaristico a obbligatorio; sul piano sistematico, si è messo in evidenza come risultato poco accettabile affidare la universalizzazione della tutela a uno strumento privatistico il cui costo di gestione è a totale carico delle parti, con prevalenza per il finanziamento a carico dei datori di lavoro; scelta tanto più discutibile se si considerano i due fattori della progressiva crescita del tasso di disoccupazione e della scarsa crescita dei salari; in entrambi i casi è difficile pensare a un efficace funzionamento del bilateralismo che riserva la tutela ai lavoratori occupati nonché in grado, unitamente ai datori di lavoro, di sostenere il peso economico del suo finanziamento (42).

Il finanziamento dei fondi bilaterali di sostegno al reddito, interamente disciplinato nell'art. 3 della legge n. 92/2012 (43), è affidato a una contribuzione interamente accollata ai datori di lavoro e in parte agli stessi lavoratori, diversificata a seconda della tipologia di fondo ovvero di prestazione erogata (44).

(38) Vd. l'art. 4, d.l. n. 54/2013, conv. in legge n. 85/2013 con rideterminazione dei criteri di concessione, nonché l'art. 10, d.l. n. 102/2013, conv. in legge n. 124/2013.

(39) Vd. nota ministero del Lavoro n. 41602 del 4 dicembre 2013.

(40) Vd. l'art. 1, comma 184, legge n. 147/2013.

(41) Vd. D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali*, in F. Carinci, M. Miscione, *Commentario alla riforma Fornero*, Milano, Ipsoa, 2012, pp. 166 ss., e spec. pp. 175-180.

(42) A tale riguardo si leggano le belle pagine di S. Renga, che analizza il fenomeno del bilateralismo evidenziandone tutte le criticità sul piano sistematico (S. Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia ed eteronomia*, Cedam, Padova, 2013).

(43) Il riferimento alle varie disposizioni contenute nell'art. 3 della legge n. 92/2012 viene circoscritto nella trattazione che segue ai singoli commi.

(44) Sulla natura (pubblicistica) della contribuzione ai fondi bilaterali, ferma re-

4.1. — *Contribuzione ordinaria* —

1) *Fondi di solidarietà bilaterale per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale.*

A tali fondi è affidato il compito «di assicurare ai lavoratori una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa per cause previste dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria o straordinaria» (comma 4). In tali fondi possono confluire gli eventuali fondi interprofessionali istituiti ai sensi dell'art. 118 della legge n. 388/2000. In tal caso al fondo affluisce anche il gettito del contributo integrativo (0,30%) di cui all'art. 25, comma 4, legge n. 845/1978 (comma 13).

Con decreto ministeriale si determinano le aliquote di contribuzione ordinaria, ripartita tra datori di lavoro e lavoratori nella misura rispettivamente di due terzi e un terzo, in ogni caso in quantità tale da garantire la preconstituzione di risorse continuative adeguate sia per l'avvio dell'attività sia per la situazione a regime, da verificare anche in base ai bilanci di previsione come statuito dalla legge (comma 22).

2) *Fondi di solidarietà bilaterale per i settori già coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale.*

Per le imprese soggette alla normativa in tema di mobilità di cui alla legge n. 223/1991, i fondi sono finanziati a decorrere dal 1° gennaio 2017 con un'aliquota contributiva nella misura dello 0,30% delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali (comma 12).

3) *Fondi di solidarietà bilaterale modello alternativo.*

Tali fondi possono essere istituiti nei settori nei quali siano operanti «consolidati sistemi di bilateralità» (ad esempio, artigianato).

In tali fondi confluisce la contribuzione prevista dall'art. 118, cit., vincolata alle finalità formative.

In ogni caso il finanziamento del fondo è assicurato da una contribuzione ordinaria non inferiore allo 0,20%, adeguabile in relazione alle prestazioni erogate, tenendo presente in via previsionale gli andamenti

stando la natura giuridica privata degli stessi, a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 gennaio 2012 in ordine all'applicazione dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 78/2010, ai fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua di cui all'art. 118, comma 1, legge n. 388/2000, vd. M. Squeglia, *Contribuzione dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua e ricorso all'articolo 6, comma 2, decreto legge n. 78/2010*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, pp. 544 ss.

del settore in relazione a quello più generale dell'economia e l'esigenza dell'equilibrio finanziario del fondo (comma 15).

4) *Fondo di solidarietà residuale.*

Nel fondo di solidarietà residuale istituito presso l'Inps in assenza di costituzione dei Fondi bilaterali di sostegno al reddito e operante fin tanto che ciò non avvenga, confluisce la contribuzione versata a decorrere dal 1° gennaio 2014, pur se il relativo obbligo è stato sospeso sino al 31 marzo 2014, con ripristino anche in relazione alle mensilità di sospensione (comma 19-ter).

L'aliquota di finanziamento è fissata allo 0,5%, ferma restando la possibilità di prevedere eventuali addizionali contributive a carico dei datori di lavoro che chiedano l'intervento del fondo per erogare le prestazioni a favore dei propri dipendenti (comma 20-bis).

4.2. — *Contribuzione addizionale* — Ove sia erogato l'assegno ordinario di importo almeno pari all'integrazione salariale, in relazione alle causali previste in materia di Cigo o Cigs, la cui durata massima sia non inferiore a un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile e comunque non superiore alle durate massime previste dall'art. 6, comma 31, legge n. 164/1975, è dovuto dai datori di lavoro un contributo addizionale calcolato in rapporto alle retribuzioni perse e comunque non inferiore all'1,5% (comma 23).

4.3. — *Contribuzione straordinaria* — Ove erogati gli assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo a lavoratori che raggiungono i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni, è dovuto da parte del datore di lavoro un contributo straordinario di importo corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni straordinari erogabili e della contribuzione correlata (comma 24).

4.4. — *Disposizioni generali* — A tutta la contribuzione dovuta ai fondi, ordinaria, addizionale e straordinaria, si applicano le disposizioni in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria, a eccezione di quelle relative agli sgravi contributivi, evidentemente non fruibili in tale ipotesi (comma 25).

La legge Fornero, allo scopo di evitare qualsiasi ipotesi di sostegno finanziario pubblico alla erogazione delle prestazioni previste a carico dei fondi, esige l'obbligo di bilancio in pareggio, escludendo che pos-

sano essere erogate prestazioni in carenza di disponibilità (comma 26), prevedendo la costituzione di specifiche riserve finanziarie e l'erogazione delle prestazioni entro i limiti delle risorse già acquisite (comma 27). Sempre nella prospettiva del controllo sull'operatività dei fondi, questi ultimi hanno l'obbligo della loro presentazione sin dalla loro costituzione di bilanci di previsione a otto anni, basati sullo scenario macroeconomico coerente con il più recente Documento di economia e finanza e relativa Nota di aggiornamento (comma 28).

Sulla base di tale bilancio previsionale è attribuita facoltà al comitato amministratore di proporre modifiche con riferimento sia all'importo delle prestazioni sia alla misura dell'aliquota di contribuzione; dette modifiche vengono attuate anche in corso d'anno con decreto direttoriale (comma 29). In caso di necessità per assicurare il pareggio di bilancio o per far fronte a prestazioni già deliberate o da deliberare, ovvero in caso di inerzia del comitato amministratore, l'aliquota contributiva può essere modificata anche in mancanza di proposta del comitato amministratore. In ogni caso in assenza dell'adeguamento contributivo «l'Inps è tenuto a non erogare le prestazioni in eccedenza» (comma 30).

5. — *La tutela dei lavoratori anziani* — Altra ipotesi di sostegno al reddito dei lavoratori disoccupati con finanziamento interamente accollato ai datori di lavoro è quella prevista dalla riforma Fornero per agevolare l'esodo dei lavoratori anziani, per tali intendendosi coloro «che raggiungono i requisiti minimi per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei quattro anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro» (art. 4, comma 1) (45).

Ai sensi dell'art. 24, d.l. n. 201/2011 (cd. riforma Monti del sistema pensionistico), il requisito anagrafico per il pensionamento di vecchiaia, a partire dal 1° gennaio 2012, è di sessantasei anni per gli uomini e sessantadue per le donne, con progressiva elevazione fino a raggiungere i sessantasei dal 1° gennaio 2018; dal 1° gennaio 2021 il requisito lieviterà a sessantasette per ambo i sessi (commi da 6 a 9).

(45) Vd. circolare Inps n. 119/2013; l'Istituto precisa che i requisiti anagrafici per l'accesso alla prestazione devono tener conto degli incrementi alla speranza di vita e che ai fini del requisito contributivo sono utili anche i requisiti contributivi maturati all'estero in paesi ai quali si applica la regolamentazione comunitaria in materia di sicurezza sociale ovvero legati all'Italia da convenzioni bilaterali di sicurezza sociale.

Per il pensionamento anticipato il requisito a partire dal 1° gennaio 2012 varia a seconda che l'assicurato opti per la misura piena o per quella ridotta, con penalizzazioni; nel primo caso occorre il requisito anagrafico dei sessantadue anni e quello contributivo dei quarantadue anni e un mese per gli uomini e dei quarantuno anni e un mese per le donne, con incremento di un ulteriore mese per entrambi a partire dal 2013. Per la misura ridotta v'è una penalizzazione pari a un punto percentuale per ogni anno di anticipo nell'accesso al pensionamento rispetto all'età di 62 anni; percentuale annua elevata a due punti per ogni anno ulteriore di anticipo rispetto a due anni.

Altra ipotesi di pensionamento anticipato è quella consentita ai lavoratori in regime contributivo pieno al raggiungimento di 63 anni di età e venti anni di contribuzione effettiva, a condizione che il trattamento pensionistico sia pari a 2,8 volte l'assegno sociale (46).

Gli antecedenti storici di tale misura di sostegno al reddito sono i prepensionamenti e la mobilità lunga onerosi, intendendosi per tali quelli il cui costo è a totale carico del datore di lavoro; volendo individuare a quale dei due istituti più si avvicina quello in esame, si opta per la mobilità lunga (47), pur se il trattamento è ragguagliato alla pensione maturata dal lavoratore.

Le condizioni per accedere a tale misura di sostegno al reddito sono numerose.

In primo luogo la stessa è riservata ai lavoratori «anziani» dipendenti da datori di lavoro che impiegano più di quindici lavoratori, calcolandosi detto numero come media del semestre precedente la data di stipula dell'accordo sindacale relativo agli esuberanti.

Seconda condizione è la stipula di un accordo sindacale, anche nell'ambito della procedura disciplinata dalla legge n. 223/1991 ovvero nell'ambito di processi di riduzione di «personale dirigente», in questo caso firmato da associazione sindacale stipulante il contratto collettivo di lavoro della categoria.

Sostanzialmente l'accesso alla prestazione consegue a due diverse tipologie di accordo aziendale, con effetti sulla posizione del singolo la-

(46) Giustamente, G. Ferraro evidenzia come l'equilibrio interno alla legge n. 223/1991, che salda mobilità e pensionamento, viene compromesso dalla riforma Fornero intersecandosi l'eliminazione dell'indennità di mobilità con la crescente elevazione dell'età pensionabile (G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 488 ss., e spec. p. 493).

(47) Vd. G. Siggillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, in A. Vallebona (a cura di), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 94.

voratore da esodare, in quanto, ove l'accordo si raggiunga all'interno della procedura di cui alla legge n. 223/1991, non occorre l'adesione da parte dei lavoratori interessati; nel caso invece in cui l'accordo prescindendo da tale procedura, lo stesso costituisce la cornice per la successiva adesione dei singoli lavoratori, con l'effetto che la mancanza dei requisiti in capo a uno o più lavoratori coinvolti comporta l'invalidazione dell'accordo, salvo conferma da parte delle medesime parti stipulanti; in alternativa le parti potrebbero prevedere *ex ante* che l'accordo resti valido in presenza di un numero minimo di lavoratori in possesso dei requisiti soggettivi o anche indipendentemente da tale numero (48).

L'esodo può riguardare anche i dirigenti risultati in esubero nell'ambito di un processo di riduzione del personale.

L'accordo deve essere validato da parte dell'Inps, che verifica la sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge in capo al datore di lavoro e ai lavoratori (49).

La tutela accordata ai lavoratori anziani si sostanzia in una prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe al momento della cessazione del rapporto di lavoro in base alle regole vigenti, con accredito della contribuzione figurativa fino al raggiungimento del requisito per il pensionamento (50).

Il costo della tutela è a totale carico del datore di lavoro che provvede al versamento mensile della relativa provvista (art. 4, comma 5). In assenza del versamento mensile l'Inps è tenuto a non erogare le prestazioni.

Contrasta con tale previsione quella ulteriore in forza della quale il datore deve fornire una fideiussione bancaria (51) che l'Inps può escutere in caso di inadempimento da parte del medesimo agli obblighi di versamento mensile (52).

(48) Vd. nota ministero del Lavoro prot. 40/26125 del 25 luglio 2013.

(49) Per la presentazione all'Inps dell'accordo aziendale è prevista una procedura automatizzata; vd. messaggio Inps n. 12997 del 12 agosto 2013.

(50) Vd. messaggio Inps n. 17768 del 5 novembre 2013, ove l'Istituto precisa che la prestazione è corrisposta per 13 mensilità anticipate, secondo la procedura di pagamento delle pensioni, e sulla stessa non possono essere effettuate trattenute per il pagamento di oneri (ad es., cessione del quinto dello stipendio, mutui).

(51) L'Inps ha adottato un nuovo modello di fideiussione bancaria, allegato al messaggio n. 20538 del 13 dicembre 2013.

(52) Sulle modalità di escussione della fideiussione vd. circolare Inps n. 119/2013; ivi si prevede che in caso di escussione della fideiussione e versamento da parte del datore di lavoro delle somme mensilmente dovute, l'Inps procederà a reintegrare la banca delle quote versate in eccedenza; ove l'omissione permanga per un periodo

Al versamento mensile si applica la disciplina propria dell'obbligazione contributiva (53).

ABSTRACT

La legge n. 92/2012 rappresenta il punto di arrivo di un lungo e tormentato processo di revisione delle misure di sostegno al reddito, con la quale il legislatore ha inteso far gravare la maggior parte dei costi della cd. «riforma degli ammortizzatori sociali» proprio sulle imprese, incrementando gli oneri contributivi a loro carico e contestualmente decrementando i livelli di tutela per i lavoratori. A ben guardare, si tratta della parziale «sostituzione» del welfare pubblico con quello negoziale, mutato geneticamente da volontario e integrativo in obbligatorio e sostitutivo, con costi a totale carico delle imprese.

THE NEW PUBLIC REFORM OF THE LABOUR INCOMES PROTECTION

The law n. 92/2012 is the final phase of a long and troubled process of legislative reform concerning the State intervention to support labour incomes in the case of economic crisis. The aims of the reform (s.c. «riforma Fornero») are: 1) saving (public) costs; 2) increasing the financial burden on the employers 3) decreasing the legal protection of workers. The public welfare system has genetically changed from a voluntary and supplementary model to a compulsory and alternative one essentially paid by employers.

continuativo di 180 giorni l'Istituto escuterà l'intera fideiussione; in caso di mancato pagamento della fideiussione da parte del garante l'Istituto non erogherà la prestazione né accrediterà la contribuzione figurativa correlata.

(53) Vd. circolare Inps n. 119/2013, cit.

Paola Bozzao (*)

**REDDITO DI BASE E CITTADINANZA ATTIVA
NEI NUOVI SCENARI DEL *WELFARE***

1. — L'introduzione di una misura universalistica (o presunta tale) di reddito minimo è diventata, più o meno carsicamente, quasi una costante dell'agenda governativa degli ultimi anni. Tra il 2011 e i primi mesi del 2014 i due governi guidati da Monti e Letta hanno faticosamente regolamentato un nuovo istituto, la Carta per l'inclusione (1), versione sperimentale e in qualche modo prodromica di uno – per ora, solo teorizzato – strumento nazionale di contrasto alla povertà; il cd. Sia (2). La vivacità del dibattito politico è poi confermata dall'esistenza di molteplici disegni di legge, presentati nel corso di tale triennio (3), tutti finalizzati a garantire un sostegno al reddito ai soggetti in condi-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Così definita nella rubrica dell'art. 3, d.l. n. 76 del 2013, conv. in legge n. 99 del 2013; l'istituto è stato introdotto con l'art. 60 del d.l. n. 5 del 2012, conv. in legge n. 35 del 2012, ma attuato solo un anno dopo, con il d.m. 10 gennaio 2013. Sul'analisi della Carta si tornerà *infra*.

(2) Il riferimento è al «Sostegno per l'inclusione attiva», misura elaborata dal Gruppo di lavoro ministeriale sul reddito minimo, istituito con decreto del 13 giugno 2013.

(3) Si vedano, in particolare, i due disegni di legge presentati dal Partito democratico: d.d.l. C. 720, «Istituzione del reddito minimo di cittadinanza attiva», presentato il 10 aprile 2013; e d.d.l. S. 2806, «Misure per l'istituzione di un reddito minimo di cittadinanza», presentato il 30 giugno 2011. Ancor più di recente, vd. la proposta di legge C. 1683 e il d.d.l. S. 1152, «Istituzione del reddito minimo garantito», presentati da Sinistra ecologia libertà rispettivamente il 14 e il 29 ottobre 2013, che incorporano la proposta di legge di iniziativa popolare per l'istituzione del Reddito minimo garantito. Al medesimo principio risulta ispirato anche il più radicale e inclusivo d.d.l. S. 1148, «Istituzione del reddito di cittadinanza», presentato dal Movimento 5 Stelle il 29 ottobre 2013, ove pure si prevede che il beneficiario della prestazione debba «fornire immediata disponibilità al lavoro presso i centri per l'impiego territorialmente competenti» (art. 9).

zioni economiche disagiate, a fronte della loro disponibilità a intraprendere percorsi di inserimento sociale e lavorativo.

Le recenti iniziative politiche non si inseriscono in un terreno vergine. Tentativi regolativi sono già stati sperimentati in passato, e quelli attuali si collocano all'interno di un vivace dibattito multidisciplinare, che ha prevalentemente riguardato la dimensione sociologica delle misure di contrasto alla marginalità sociale, nonché l'impatto economico-quantitativo connesso alla loro disciplina; sono rimasti, invece, più sullo sfondo le riflessioni in merito al loro corretto inquadramento teorico-ricostruttivo, alla luce dei principi giuridici sottesi al nostro ordinamento nazionale, così come sovranazionale. Sotto quest'ultimo profilo, il dibattito scientifico è risultato, invero, parimenti vivace, e si è sviluppato già da diversi anni lungo due principali linee di pensiero. La prima, incentrata sulla valorizzazione di un *welfare* universalistico, finalizzato a garantire a tutti i cittadini un trattamento minimo uniforme, per consentire un tenore di vita dignitoso (4). La seconda, da me privilegiata, ancorata al modello cd. lavoristico, incentrata sulla valorizzazione delle potenzialità dei singoli, in una logica di responsabilizzazione partecipativa degli stessi; modello in cui ho cercato di re-interpretare il «lavoro» secondo una prospettiva più inclusiva, capace di estendere le tutele a tutti coloro che, sussistendo le condizioni di abilità, si mostrino effettivamente disponibili ad accedere nel sistema produttivo (5).

Tornerò tra breve sulla ricostruzione giuridica del modello proposto. Preme ora sottolineare come alle due visioni del *welfare* qui richiamate siano tradizionalmente corrisposte nozioni connotate da un preciso contenuto semantico (6). Quando si parla, in particolare, di «reddito di cittadinanza», si indica un'allocazione riconducibile al primo dei modelli richiamati, essendo rivolta a tutti gli individui in quanto membri di una comunità politica; la liberazione dalla povertà si configura quale diritto umano fondamentale, che prescinde dalla condizione economica e, soprattutto, dallo *status* occupazionale, anche solo potenziale, del suo

(4) Prospettiva, questa, sostenuta dalla rete Bien (*Basic income earth network*) e, in particolare dal 2008, dalla sua articolazione italiana (*Basic income network Italia*).

(5) A partire da P. Bozzao, *Dal «lavoro» alla «laboriosità». Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, pp. 535 ss.

(6) Come è stato ben evidenziato, già molti anni fa, dalla Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale (Commissione Onofri), Relazione finale, Roma, 1997, pp. 117-119.

beneficiario (7). Il fondamento giuridico di un *welfare* universalistico, fondato sulla configurazione «non funzionalistica» dello *ius existentiae* (8) è stato rinvenuto in molteplici fonti europee, tanto di *hard* quanto di *soft law* (9) e, in particolare, nell'art. 34, comma 3, della Carta di Nizza (10). Norma, questa, in cui si rinviene – rispetto al modello puro di *basic income* – un primo elemento di «contaminazione», dato dall'accertamento delle risorse disponibili; presupponendo, dunque, un universalismo di tipo selettivo, fondato sulla capacità economica del potenziale beneficiario.

In essa non è richiamato, invece, alcun nesso preciso tra impegno a lavorare e assistenza; e tuttavia, «oltre non si va» (11). Di modo che rimane nella discrezionalità del legislatore nazionale, nonché di quello europeo, ogni valutazione circa l'accertamento della condizione di indigenza, da operarsi attraverso la sola oggettiva prova dei mezzi, ovvero attribuendo rilievo anche alla disponibilità partecipativa del beneficiario. E, sebbene la prospettazione del diritto a un reddito di base garantito in ragione della mera appartenenza a una comunità politica e sociale appaia in sé suggestiva, essa si prospetta di difficile realizzazione in un sistema di politiche europee e nazionali tuttora incentrato sul principio lavorista, anche nella sua (già richiamata) dimensione «attuata» di potenzialità inclusiva-lavorativa (12). Conclusione, quest'ultima, alla quale – come vedremo – sembra conformarsi, da ultimo, anche la dottrina a ispirazione universalistica.

Se soffermiamo l'attenzione al livello di indagine sovranazionale, si rinvergono segnali importanti per la valorizzazione della posizione giu-

(7) Vd., per tutti, G. Bronzini, *Il Reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 225 ss.

(8) G. Bronzini, *La risoluzione del Parlamento europeo sul reddito minimo: ultima tappa verso l'adozione di una direttiva quadro?*, in *Europeanrights.eu*, 29 dicembre 2010.

(9) Si veda, da ultimo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa, con la quale i pochi Stati membri sforniti di idonei strumenti di lotta contro la povertà e l'esclusione sociale (Italia, Grecia e Ungheria) sono stati invitati a provvedere in tale direzione.

(10) Che riconosce, come è noto, il «diritto all'assistenza sociale [...] volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti».

(11) L. Zoppoli, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, pp. 75 ss.

(12) Non ha, del resto, ricevuto sufficiente sostegno l'iniziativa di raccolta di firme (ai sensi dell'art. 11, TUE) per l'istituzione di un reddito di base incondizionato, sostenuta dalla rete Bien: vd. <http://basicincome2013.eu/en/press-15012014.htm#Notes>.

ridica del «cittadino laborioso» (13). Si pensi, innanzitutto, ai recenti pronunciamenti della Corte di Giustizia, concernenti l'assetto protettivo riconosciuto a quel *tertium genus* di cittadini, rinvenibile in coloro che, abili al lavoro, si spostano in un altro Stato membro alla ricerca di un'occupazione (14); ma anche alle proposte regolative per l'introduzione di una disciplina unitaria a livello europeo (15); e, ancora, al diritto vivente che caratterizza la maggior parte dei sistemi di *welfare* europei. Negli anni più recenti molti di essi hanno introdotto, infatti, misure di protezione del reddito a carattere «universalistico nella selettività» (16), riconosciute in presenza di situazione di povertà estrema (17) (e, dunque, del tipo *means tested*) ma condizionate all'accettazione di percorsi di inserimento sociale e lavorativo da parte del soggetto abile al lavoro (18).

2. — Se si sposta, poi, l'attenzione al sistema di *welfare* italiano, l'articolata anima dell'istituto del reddito minimo emerge con chiarezza dall'analisi delle discipline, sporadiche e frammentarie, adottate a livello nazionale e, soprattutto, regionale. Un variegato *puzzle* regolativo, quest'ultimo, che ha trovato terreno fertile nella carenza – nonostante le importanti enunciazioni contenute nella legge n. 328 del 2000, e salvo qualche intervento dettato dall'emergenza – di una rete protettiva uni-

(13) P. Bozzao, *Dal «lavoro» alla «laboriosità». Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, pp. 535 ss.

(14) Corte Giust. Ce 23 marzo 2004, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, causa C-138/02, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 684, con nota di M. Borzaga; e Corte Giust. Ce 4 giugno 2009, *A. Vatsouras, J. Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (Arge) Nürnberg 900*, cause C-22/08 e C-23/08, in *Racc.*, p. I-4585. In tali pronunce la Corte ha escluso la natura assistenziale delle misure di reddito basilare in vigore nei paesi ospitanti finalizzate all'inclusione attraverso il lavoro, se accertate come tali dalle autorità nazionali.

(15) Regolamentazione che potrebbe rinvenire una solida base giuridica nell'art. 153, par. h, del TfUe, che, come è noto, contempla il settore della «integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro»: vd., in tal senso, la proposta di adozione di una *Framework directive on minimum income* elaborata dall'*European Anti Poverty Network* (Eapn) nel settembre 2010.

(16) Cies, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale. Anno 2008*, Carocci, Roma, p. 114.

(17) Il sostegno economico è spesso accompagnato da ulteriori misure di integrazione sociale, quali le agevolazioni abitative, il contributo per il servizio di trasporto pubblico, la gratuità dei libri scolastici.

(18) Vd. P. Bozzao, *Reddito minimo e inclusione sociale attiva: percorsi per un nuovo welfare*, in G. Ferraro (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 173 ss.

versalistica, idonea a contrastare il rischio dell'esclusione sociale attraverso una strumentazione omogenea, non associata all'età o allo stato di salute della persona (19).

Le ragioni di tale carenza sono, come è noto, complesse. Alla strutturale esiguità delle risorse disponibili si sono affiancate, da un lato, la consapevolezza delle difficoltà gestionali di tali misure, in ragione della scarsa efficienza dell'esistente apparato amministrativo e organizzativo; dall'altro, la valorizzazione di opzioni politiche orientate verso il decentramento istituzionale e regolativo delle politiche di *welfare*. Il tentativo di realizzare un disegno universalistico del complesso sistema integrato di interventi e di servizi sociali, delineato nella legge n. 328 del 2000, ha dovuto fare i conti, infatti, con il nuovo assetto costituzionale introdotto dalla riforma del 2001 e, in particolare, con le modalità interpretative del concetto di «livelli essenziali delle prestazioni» (art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.). Quest'ultimo è divenuto il nuovo parametro di riferimento del sistema di *welfare* italiano, a garanzia di quelle esigenze unitarie che non consentono ingiustificate diseguaglianze tra cittadini, a parità di bisogni protetti; esigenze particolarmente avvertite in una materia, quella assistenziale, in cui le competenze legislative e amministrative rimesse alle autonomie territoriali richiedono di essere puntualmente ricollegate con le ineludibili esigenze di uniformità minima e di aterritorialità poste a tutela del contenuto essenziale dei diritti sociali sanciti dalle norme costituzionali.

In un tale assetto, caratterizzato dalla perdurante crisi economico-finanziaria e dalla indeterminazione dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali, il ruolo di garante dell'effettiva tutela dei diritti sociali e del principio di uguaglianza sostanziale viene oramai sistematicamente svolto dal giudice delle leggi. Quest'ultimo è, infatti, già più volte intervenuto non solo per definire i «confini» della competenza statale nella identificazione dei livelli essenziali di prestazioni e nell'attuazione del diritto sociale all'assistenza, ma anche per individuarne il suo contenuto minimale. È così già stata prospettata l'esistenza di un «nucleo essenziale» del diritto soggettivo all'assistenza sociale (20); di un diritto che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità

(19) Per una puntuale analisi di tali istituti, vd. il contributo di M. Faioli, in questo fascicolo di *q. Riv.*, I, pp. 281 ss.

(20) Corte cost. 15 gennaio 2010, n. 10, in *Giur. cost.*, 2010, p. 201, con riferimento alla cd. *social card*; Corte cost. 5 aprile 2013, n. 62, in www.cortecostituzionale.it, relativamente alla Carta acquisti sperimentale.

della persona umana, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, a favore di tutti coloro che versano in condizioni di estremo bisogno. Tale nucleo irriducibile (21) è stato rinvenuto, dalla Corte, in due istituti strutturalmente diversi, quali la *social card* e la (già richiamata) Carta per l'inclusione, tra loro accomunati in considerazione della medesima «finalità di protezione delle situazioni di estrema debolezza della persona umana» e della situazione di grave crisi economica che ha investito il nostro paese. E tuttavia, mentre la prima misura appare ancora ispirata a un interventismo di tipo segnatamente categoriale (22), la seconda – da poco avviata in via sperimentale, limitatamente ad alcune aree territoriali (23) – risulta maggiormente universalistica quanto ai beneficiari, ma molto selettiva quanto ai criteri di accesso; risultando, poi, fortemente incardinata sul principio dell'inclusione sociale attiva. Sotto il primo profilo, la Carta sperimentale è volta a tutelare, previa verifica dell'insufficienza delle risorse economiche, situazioni di povertà di nuclei familiari non solo «a composizione vincolata» (24), ma altresì caratterizzati dalla perdita-insufficienza reddituale derivante da condizioni occupazionali preesistenti (25). Essa risulta, in tal modo, strettamente connessa – e

(21) La cui necessaria garanzia fa sorgere in capo allo Stato non solo il dovere di determinare le caratteristiche qualitative e quantitative di tali imprescindibili prestazioni, ma altresì la legittimazione a prevederne l'«appropriata e pronta erogazione», quando tale intervento rivesta quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza conseguenti alla situazione di crisi sia economica sia finanziaria che ha investito negli ultimi anni il nostro paese.

(22) La *social card*, di importo estremamente irrisorio, è destinata ai cittadini inabili al lavoro in ragione del criterio selettivo della loro età anagrafica (ultrasessantacinquenni o famiglie povere con un bambino di età inferiore ai tre anni): art. 81, comma 32, d.l. n. 112 del 2008, conv. in legge n. 133 del 2008.

(23) Dapprima nei comuni con popolazione superiore a 250.000 abitanti, poi estesa – sempre nei limiti di un *plafond* di risorse annualmente stabilito – ai territori delle regioni del Mezzogiorno che non ne siano già coperti. La legge di stabilità per il 2014 ha poi previsto ulteriori risorse da destinarsi alla progressiva estensione dell'istituto sull'intero territorio nazionale (art. 1, comma 216, legge n. 147 del 2013). Per alcuni approfondimenti sulle caratteristiche di tale misura, vd. P. Bozao, *op. ult. cit.*, spec. pp. 180 ss.

(24) Essendo richiesta la presenza di almeno un componente di età inferiore a 18 anni.

(25) Per accedere al trattamento, infatti, al momento della richiesta del beneficio non solo tutti i componenti in età attiva devono essere privi di lavoro ma, in aggiunta, almeno un componente del nucleo deve o aver cessato il rapporto lavorativo nei trentasei mesi precedenti la richiesta, o, se impiegato con contratti flessibili,

potenzialmente in linea di continuità rispetto – a pregresse e specifiche situazioni di disoccupazione e/o sottoccupazione dei componenti il nucleo familiare; restando così escluse quelle, pur meritevoli di tutela, in cui possono incorrere gli inoccupati, così come i disoccupati da più di un triennio. L'erogazione della prestazione risulta, inoltre, condizionata al rispetto di misure di responsabilizzazione e attivazione dei beneficiari, i quali *dovranno sottoscrivere – pena l'esclusione dal beneficio – un progetto personalizzato di presa in carico, predisposto e finanziato dal Comune, finalizzato a favorire il superamento della condizione di povertà, il reinserimento lavorativo e l'inclusione sociale*. La configurazione assunta dalla Carta rischia, in tal modo, di esporla al medesimo «sovraccarico funzionale» di cui è caduto vittima, quindici anni fa, il Reddito minimo garantito (26). Anche nel nuovo modello sperimentale, infatti, l'erogazione economica, riconosciuta ai soggetti in età lavorativa, non occupati e abili al lavoro, risultava subordinata alla loro disponibilità a frequentare corsi di formazione professionale e a svolgere un'attività lavorativa; di modo che alla naturale configurazione dell'istituto in esame quale strumento di ultima istanza, destinato a garantire condizioni di vita accettabili a tutti i soggetti in condizioni di bisogno, si è aggiunta quella di sostegno del reddito di persone e nuclei familiari deboli dal punto di vista occupazionale. Si è così realizzata una «sovrapposizione» tra gli strumenti propri del *welfare* non lavoristico e di quello lavoristico, riscontrabile esattamente nella – oltretutto «lacunosa» – confluenza degli interventi a sostegno di coloro che, pur volendo lavorare, non riescono a farlo perché non glielo consente il rinnovato mercato del lavoro, nelle misure assistenziali predisposte a vantaggio del cittadino in situazione di bisogno.

3. — La richiamata sovrapposizione potrebbe essere superata se si definissero, con maggiore chiarezza, le finalità e, soprattutto, i beneficiari della misura di reddito minimo; senza necessità di proclami universalistici che – nel loro inveramento legislativo – si sono poi rivelati fortemente selettivi, e strettamente incardinati alla logica dell'inclusione sociale attiva.

aver lavorato per almeno 180 giorni (presumibilmente, nel triennio precedente); o, ancora, avere effettivamente percepito, nei sei mesi precedenti la richiesta, un reddito da lavoro di importo inferiore a 4.000 euro: art. 4, d.m. 10 gennaio 2013.

(26) Così la Cies, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale. Anno 2010*, Carocci, Roma, p. 189, ove si rinviene l'analisi delle criticità, ma anche degli esiti positivi, del Reddito minimo di inserimento; cui *adde* la relazione al Parlamento sull'«Attuazione della sperimentazione del Reddito minimo di inserimento e risultati conseguiti», Roma, giugno 2007.

In tale prospettiva, da tempo delinea un modello teorico-ricostruttivo (27) dell'istituto incentrato su una diversa lettura dei principi costituzionali sottesi all'art. 38 Cost. Tale modello mi sembra idoneo a superare la tradizionale distinzione tra previdenza e assistenza sociale, che riserva ai soli impossidenti inabili (28) il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, con il rischio di lasciare esclusi da ogni forma di tutela gli abili al lavoro, involontariamente ai margini dal sistema produttivo, seppure ben disponibili a entrarvi. Ho dunque prospettato un sistema di *welfare* fondato, piuttosto, sulla «dicotomia alternativa [...] tra abili e inabili al lavoro» (29) enunciata nella stessa norma costituzionale, capace di orientare il proprio assetto protettivo anche verso i privi di lavoro «senza colpa» (disoccupati di lungo periodo, giovani inoccupati, ma anche sottoccupati); soggetti che premono per vedersi garantito il diritto, costituzionalmente riconosciuto, a essere inclusi: a essere cioè effettivamente partecipi della vita economica, politica e sociale del paese. Il che non comporta, a mio avviso, l'abbandono della prospettiva di un «*welfare* lavoristico» ma, piuttosto, la sua ricalibratura «in chiave universalistica», sulla base di nozioni di «lavoro» e di «lavoratore» attualizzate, capaci di estendere la propria capacità inclusiva non solo verso coloro che hanno visto risolto-sospeso un precedente rapporto di lavoro, ma anche a tutela di quanti, pur non avendo mai avuto accesso al sistema produttivo o essendone stati espulsi ormai da lungo tempo, mostrano concreta disponibilità a svolgere ogni attività ritenuta utile per la collettività (30). La laboriosità ben potrebbe assumere la configurazione di un nuovo criterio selettivo di accesso alle tutele di cittadinanza sociale, secondo una visione integrata del sistema che non altera il precetto contenuto nell'art. 38 Cost., ma piuttosto in esso rinviene un puntuale referente costituzionale, in coerente attuazione proprio di quel «dovere di essere socialmente utile» enunciato nel comma 2 dell'art. 4, Cost. Alla luce di tale ricostruzione dei principi costituzionali, ho ritenuto che un possibile percorso, idoneo a tutelare anche la posizione degli «involontariamente privi di lavoro», potrebbe essere rinvenuto nell'introduzione di misure di sostegno non contribu-

(27) Per una più ampia e puntuale articolazione di tale modello vd. P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, spec. pp. 618 ss.

(28) Così C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, spec. p. 184.

(29) E. Ales, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (artt. 34 e 38)*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2008, n. 2, p. 213.

(30) C. Mortati, *op. ult. cit.*, p. 154.

tive destinate a fornire un reddito minimo, in via suppletiva o complementare, al verificarsi dell'evento disoccupazionale. Una siffatta prospettiva non realizzerebbe alcuna «equiparazione forzata tra assistenza e previdenza» (31); ma anzi consentirebbe di delineare in modo più chiaro i nuovi confini di demarcazione tra l'una e l'altra materia, così agevolando il corretto inquadramento giuridico dell'istituto. E infatti, operando in virtù del carattere aperto dell'art. 38 Cost. (32), il percorso delineato potrebbe collocarsi «oltre l'assistenza», per essere tecnicamente ricondotto direttamente all'interno del comma 2 di tale norma e, più precisamente, all'evento della «disoccupazione involontaria», in essa protetto. Evento da intendersi connesso, però, non a semplici scelte individuali, quanto piuttosto alle «condizioni oggettive del mercato» (33); in modo tale da ampliare gli schemi protettivi fino a ricomprendervi non solo il lavoratore in sé, ma anche il nuovo soggetto, che è «colui che vuole lavorare» (34).

Il modello ha già trovato un primo invero in un'importante misura regionale: il Reddito minimo garantito introdotto (ma prematuramente interrotto) nel Lazio (35); una sperimentazione marcatamente «funzionalistica», inaspettatamente riconosciuta anche dalla dottrina «universalistica» come il «più avanzato fra i provvedimenti regionali» (36) attivati in assenza di una disciplina nazionale. La misura è stata incentrata proprio sulla valorizzazione della laboriosità, ovvero della mera messa a disposizione delle proprie energie lavorative e/o partecipative, quale fondamentale e prioritario criterio di accesso al sostegno al reddito, così come alle misure di politica attiva predisposte dai centri dell'impiego, e finalizzate al perseguimento di un lavoro di buona qua-

(31) Così E. Gragnoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, relazione al Congresso Aidlass, Pisa, 2012, spec. p. 54, testo consultabile al sito www.aidlass.it.

(32) Che non esclude la possibilità, per il legislatore ordinario, di delineare figure speciali di intervento sociale, secondo un modello «atipico» rispetto a quelli tradizionali delineati dai commi 1 e 2 della stessa norma.

(33) Il richiamo è a Corte cost. 28 maggio 1974, n. 160, in *Foro it.*, 1974, I, p. 1962.

(34) *Contra*, E. Gragnoli, *op. ult. cit.*, p. 55, secondo il quale si correrebbe, in tal modo, il rischio di «confondere chi voglia cercare e coloro che abbiano perso una condizione professionale»; il che, secondo l'Autore, «non può avere luogo né in nome di una sopravvalutazione del principio di condizionalità, né di una integrazione innaturale fra politiche attive e intervento previdenziale».

(35) Legge regionale 20 marzo 2009, n. 4.

(36) Così G. Bronzini, *Il Reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 16.

lità (37); tanto che il *target* dei beneficiari è stato individuato nei soggetti maggiormente esposti al rischio di marginalità nel mercato del lavoro, ovvero sia i «disoccupati, inoccupati o lavoratori precariamente occupati» (38).

Proprio alla sperimentazione laziale risultano ispirati, del resto, i più importanti progetti di legge oggi all'esame del Parlamento. Nonostante le (equivocche) formule universalistiche adottate in alcuni di quei provvedimenti, segnale della persistenza di una certa approssimazione «concettuale» nell'approccio al tema (39), essi – come si diceva in apertura – risultano accomunati dall'introduzione di misure nazionali volte a liberare dal bisogno il cittadino laborioso; misure che potrebbero così configurare un adeguato e coerente completamento di un rinnovato sistema di ammortizzatori sociali, capace di assumere una portata effettivamente universalistica e superare, così, i tradizionali confini lavoristico-categoriali entro cui, ancora oggi, risulta incardinato (40).

ABSTRACT

Il sistema di welfare italiano risulta ancora caratterizzato dall'assenza di misure di reddito minimo per le persone in difficoltà economica. Il dibattito politico e scientifico è aperto, e sembra sempre più orientarsi verso il riconoscimento di un sostegno economico ai soggetti abili, ma involontariamente privi di un lavoro, a fronte della loro responsabilizzazione verso forme attive di inserimento sociale.

BASIC INCOME AND ACTIVE CITIZENSHIP IN THE NEW WELFARE SCENARIOS

The Italian social security system is still characterized by the lack of a uniform minimum income scheme. The debate is open, at political and scientific level, and it is moving towards the recognition of a financial support to people able to work, but involuntarily without work, if willing to play active forms of social integration.

(37) Vd. Part. 6, comma 6, legge reg. n. 4/2009.

(38) Art. 1, comma 2, legge reg. n. 4/2009; l'accesso alla prestazione è subordinato – oltre alla residenza nella regione da almeno 24 mesi e al non superamento di una determinata soglia reddituale – alla sottoscrizione dei patti di servizio con i centri per l'impiego.

(39) Vd., in particolare, le rubriche dei disegni di legge presentati dal Pd, che richiamano entrambe il «reddito di cittadinanza».

(40) T. Treu, *La persistenza dell'impianto lavoristico-categoriale*, in L. Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la «Commissione Onofri»*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 105 ss.

Giuseppe Bronzini (*)

CHE FINE HA FATTO IL REDDITO MINIMO GARANTITO?

SOMMARIO: 1. Un passo avanti e tre indietro. La promessa riforma del *welfare*. —
2. L'Europa e il Reddito minimo garantito. Appunti riassuntivi.

1. — *Un passo avanti e tre indietro. La promessa riforma del welfare* — La formalizzazione del disegno di legge delega «in materia di ammortizzatori sociali, servizi per il lavoro e politiche attive» (1) del governo presieduto dal giovane Renzi mi ha indotto a partecipare alla discussione sul tema del Reddito minimo garantito (d'ora in poi Rmg) con qualche nota critica, scritta a caldo, a questa proposta, cui seguirà una ricostruzione sintetica degli orientamenti europei su questo, cruciale, istituto di contrasto dell'esclusione sociale. Il punto n. 5, lettera *b*, dell'art. 2 del disegno di legge induce una seria preoccupazione che, ormai, la questione dell'introduzione anche in Italia, notoriamente unico paese in Europa insieme alla Grecia a esserne privo, di una misura universalistica di tutela dei bisogni vitali sia stata estromessa di nuovo dall'agenda politica (2). La for-

(*) Consigliere di Corte di Cassazione, Sezione lavoro.

(1) Cfr. http://www.lavoro.gov.it/Priorita/Documents/DDL_delega_lavoro.pdf.

(2) Dopo le elezioni politiche del febbraio 2014, è stata il 15 aprile presentata una proposta di legge di iniziativa popolare promossa dal Bin (*Basic income network*) Italia e da altre decine di associazioni per l'introduzione di un Rmg in Italia che recepisca le indicazioni sovranazionali; in particolare la Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2010. Questa proposta, pendente le operazioni di verifica delle firme, è stata poi formalizzata in una proposta avanzata da Sinistra ecologia libertà (primo firmatario on. Migliore). Successivamente sono state presentate anche due proposte: una di parlamentari del Pd (primo firmatario Leva) e una terza da parte del Movimento 5 stelle (prima firmataria on. Catalfo), tutte motivate dall'urgenza di far cessare l'«anomalia italiana» e offrire alle persone oggi in stato di grave difficoltà economica ed esistenziale la tutela dei «minimi vitali» come stabilito dal *Bill of rights* europeo. Sul punto, cfr. G. Bronzini, *I contorni del reddito di cittadinanza tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in corso di pubblicazione in *Riv. sic. soc.* Sulle tre proposte di legge sull'introduzione di un Rmg coerente con i modelli europei cfr. E. Monticelli, *Tre proposte per una legge*, in www.sbilanciamoci.it. Denunciano la can-

mulazione della norma non è certamente incoraggiante, soprattutto se si hanno bene a mente i parametri quantitativi e qualitativi che tale misura deve possedere alla luce delle norme e delle indicazioni europee (in senso lato sia l'Unione europea che il Consiglio d'Europa) e se si considera la storia dell'istituto e la sua odierna diffusione a livello planetario come «diritto umano emergente» (3). Recita la norma: «eventuale introduzione, dopo la fruizione dell'Aspi, di una prestazione, eventualmente priva di copertura figurativa, limitata ai lavoratori, in disoccupazione involontaria, che presentino valori ridotti dell'indicatore della situazione economica equivalente, con previsione di obblighi di partecipazione alle iniziative di attivazione proposte dai servizi competenti». Il primo punto da capire è se la misura riguarderà anche soggetti che non sono riusciti ancora a entrare nel mercato del lavoro (tipicamente i giovani) o che ne sono usciti da così tanto tempo da non poter essere qualificati come «lavoratori» (tipicamente disoccupati scoraggiati o di lungo periodo). Certamente sono categoricamente esclusi quei lavoratori che, pur attivi, non riescono a guadagnare un reddito sufficiente a coprire le necessità primarie. È inutile ricordare che il Rmg ha lo scopo di proteggere in primo luogo coloro, cioè i «cittadini laboriosi» che – per dirla con Alain Supiot – una società del «dopo l'impiego» costringe a uno stato di inoccupazione (o di plateale sottooccupazione), impedendo che possano cadere in uno stato di deprivazione tale da non poter condurre una «esistenza libera e dignitosa», come limpidamente affermato dall'art. 34 della Carta di Nizza. Due elementi sembrerebbero avvalorare la tesi per cui questa platea di soggetti in stato di difficoltà non sarebbe contemplata, posto che si parla di una misura «dopo la fruizione dell'Aspi» – sostegno che ovviamente

cellazione di ogni ipotesi di intervento sul tema del Rmg nelle iniziali, ancora non formalizzate, proposte governative di *jobs act* P. Bozzao, *Jobs act o jobs aid? Apunti per un'agenda del lavoro in tempi di crisi*, in www.federalismi.it, e C. Saraceno, *Il reddito minimo sparito dall'agenda*, in www.lavoceinfo.it. Ricorda P. Bozzao in questo fascicolo di *q. Riv.*, I, pp. 327 ss., che i tentativi di introdurre un Rmg nel nostro paese risalgono ormai al 1998 con i risultati della cosiddetta Commissione Onofri che, su incarico del governo Prodi, fotografò il carattere poco inclusivo, corporativistico e inefficiente del nostro *welfare*. Sul punto, cfr. i due volumi Astrid: L. Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la «Commissione Onofri»*, Bologna, 2008, e C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Roma, 2012.

(3) Cfr. la Dichiarazione di Monterrey del 1998, sottoscritta da alcuni paesi sudamericani. Cfr. anche la Carta di Porto Alegre del 2001 dei movimenti sociali *no-global*. Vd. D. Raventos, *Sessant'anni di diritti umani e uno dalla Carta di Monterrey*, in Bin Italia (a cura di), *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, Manifestolibri, Roma, 2009, pp. 231 ss.

non spetta ai soggetti di cui stiamo parlando – e perché si aggiunge che la prestazione è «eventualmente priva di copertura figurativa», laddove è evidente che misure di Rmg non potrebbero avere una base contributiva ma sarebbero a carico della fiscalità generale, come in tutte le ipotesi elaborate in questi ultimi anni. Né milita in senso contrario il fatto che, al punto 6 dell'art. 2, si parla di «eliminazione dello stato di disoccupazione come requisito per l'accesso ai servizi di carattere assistenziale», perché questo presupposto è eliminato per accedere ai «servizi» assistenziali e non per l'erogazione di prestazioni, anche se questa precisazione (non volendo cedere al pessimismo) potrebbe costituire uno spiraglio per un'estensione in via parlamentare del sussidio.

Nel complesso la proposta governativa sembra compiere – per dirla con un noto rivoluzionario russo – un passo avanti (soprattutto metodologico) ma al tempo stesso due (forse di più) passi indietro nella direzione di un *welfare* più inclusivo ed efficiente e di una protezione universalistica contro il rischio disoccupazione e quello di esclusione sociale. L'aspetto metodologico apprezzabile è il tentativo di conferire all'indennità di disoccupazione (sotto forma di Aspi) quell'estensione a tutte le forme contrattuali «eterodirette» che questa tutela dovrebbe avere sulla base della sua sanzione costituzionale e anche internazionale. Il punto 3, lettera *b*, dell'art. 2 della proposta di legge delega va certamente in questa saggia prospettiva (sia pure con molta prudenza), che avvicina l'esperienza italiana a quella dei paesi europei più virtuosi, sino a oggi – in parte – deviata da sistemi «conservativi» del rapporto che hanno presentato noti problemi di mancanza di trasparenza e anche di abusi corporativi, sui quali non vogliamo in questa sede insistere. A questo si aggiunge l'apertura prima segnalata a una tutela ulteriore per coloro che, dopo aver conseguito l'Aspi, versino in situazione di grave bisogno (fotografata da una Isee molto bassa); anche qui ci si avvicina al modello delle esperienze europee (soprattutto quelle del Nord-Europa) nel quale un sistema unitario di protezione contro la disoccupazione o il rischio di esclusione sociale garantisce, in chiave universalistica, prima un sussidio collegato al periodo di impiego e dopo – sussistendo uno stato di effettivo bisogno – un Rmg (in genere senza limiti di durata). Senonché ovunque in Europa il Rmg può essere erogato immediatamente a coloro che non sono riusciti a entrare nel mercato del lavoro o ne sono stati espulsi da tempo e vivono in condizioni «non dignitose» (4). Ora, non solo quest'ul-

(4) Per una ricostruzione dei modelli europei di Rmg cfr. Bin Italia (a cura di), *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, Gruppo Abele, Torino, 2012,

teriore apertura alla protezione del rischio di esclusione sociale non è contemplata, ma la proposta sembra prefigurare tempi diversi per lo scenario di (cautissima) innovazione prevista. Mentre l'universalizzazione dell'Aspi è chiaramente indicata come necessità (dopo comunque un periodo biennale di sperimentazione come dall'ultimo inciso del punto n. 3, lettera *b*), per la prestazione ulteriore postAspi si parla solo di «eventuale introduzione» per cui non vi è alcun impegno chiaro governativo neppure sul lungo periodo (e anche sul piano del contenuto della prestazione posto che si offrono parametri di sorta). Ma un vero e allarmante regresso, sul piano morale prima ancora che sul piano giuridico, sta nell'accompagnamento di quest'ultima misura, ma anche dell'erogazione della cassa integrazione e della stessa Aspi, con «un coinvolgimento attivo dei soggetti beneficiari al fine di favorirne l'attività a beneficio delle comunità locali», secondo una logica che con il primo Foucault potremmo definire di tipo disciplinare o «panoptico» e con il secondo Foucault governamentale e di controllo. Dispositivi neocomunitari di tipo biopolitico, diretti alla sorveglianza delle menti e dei corpi dei sussidiati, verranno attivati nei confronti di disoccupati come nuova classe pericolosa da irreggimentare all'*ethos* del lavoro, nell'epoca della sua scarsità, se non del suo declino. I commenti del ministro del lavoro a questa incredibile previsione che sembra prefigurare giardinieri, assistenti sociali, netturbini improvvisati, aggiunge ulteriore allarme in quanto, secondo l'impostazione ministeriale diffusa nei *media* nazionali, la sostanziale differenza con l'esperienza abortita degli Lsu risiederebbe nel fatto che questi ultimi vantavano dei diritti nei confronti delle amministrazioni (anche a una continuità di attività), mentre qui abbiano prestazioni «partecipative» al benessere della comunità locali, non sussumibili – ci pare di capire – in schemi giuridici vincolanti con obbligazioni reciproche. Insomma sindaci e assessori faranno quello che vorranno con i futuri disoccupati, eventualmente generando un *dumping* sociale davvero iniquo nei confronti di quelle cooperative che erogano servizi di utilità pubblica, ma con veste professionale e sottoponendosi ad appalti e controlli pubblicistici. Il tutto con buona pace della Convenzione Oil n. 168/1988 che stabilisce (art. 21) che le prestazioni per indennità di disoccupazione possono essere rifiutate solo nel caso di un rifiuto di un'offerta di lavoro «congrua» tenuto conto, cioè, dell'attività svolta, della professionalità acquisita ecc. Si tratta, in piena evidenza, di una previsione di vero e proprio «lavoro schiavistico» con il

e G. Busilacchi, *Welfare e diritto al reddito. Le politiche di reddito minimo nell'Europa a 27*, Franco Angeli, Milano, 2014.

quale la legge interviene per rendere prestazioni, non meglio definite se non nel fine «comunitario», obbligatorie e sottrarle al mercato e a un sistema di remunerazione «decente» che segue una logica inversa opposta a quella della modernità in campo lavoristico dove la legge, invece, stabilisce minimi di trattamento che valorizzano la parte debole nelle trattative con le controparti datoriali. Si ritorna al Medioevo, quindi. Vorrei anche ricordare che scopo prevalente e istituzionale dell'indennità di disoccupazione, sancita anche all'art. 25 della Dichiarazione universale dell'Onu del 1948, è quello di garantire un periodo di respiro esistenziale al disoccupato (e alla sua famiglia) perché trovi un nuovo impiego, il più possibile corrispondente al bagaglio professionale conseguito, e non già quello di poter innaffiare gratuitamente i giardinetti comunali, previa revoca degli appalti per coloro che lo facevano come «lavoro contrattualizzato».

2. — *L'Europa e il Reddito minimo garantito. Appunti riassuntivi* — Ricordiamo in estrema sintesi i parametri «quantitativi e qualitativi» di uno *ius existentiae* coerente con le fonti sovranazionali e internazionali (5). Si imputa spesso alle politiche europee di essere poco trasparenti, incerte e – dopo l'*austerità* – anche inique dal punto di vista sociale: non è questo certamente il caso del Rmg. Sin dal 1992 (n. 441/92) la Commissione europea adottò una Raccomandazione che rendeva evidenti e molto precisi i contorni di questa misura, di cui godevano già alcuni paesi sulla base delle loro Costituzioni nazionali che incentrano le loro architetture di diritti e prestazioni attorno al metaprinzipio della dignità della persona. L'idea di Delors, prima di procedere ai negoziati che avrebbero portato all'approvazione del Trattato di Maastricht e, quindi, al rilancio del mercato interno e alla costruzione di un'unione monetaria, era di definire un pacchetto di trattamenti sociali «comuni» in modo da scoraggiare la concorrenza «sleale» tra Stati (quella che viene chiamata *social dumping*). Questa operazione non riuscì interamente, anche perché allora

(5) Per una trattazione più diffusa degli orientamenti europei in materia di Rmg rinvio al mio volume G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e l'Europa*, Gruppo Abele, Torino, 2012; nonché cfr. G. Bronzini, *Il Reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, n. 2, pp. 225 ss.; P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativa e giurisprudenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, n. 3, pp. 582 ss. Su un Rmg europeo cfr. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna, 2012; G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo o incubo?*, Fazi, Roma, 2014. Cfr. anche C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013.

le competenze sovranazionali erano molto più limitate, ma la Raccomandazione invitò solennemente tutti i paesi membri a dotarsi di schemi di Reddito minimo garantito da erogarsi a quei soggetti che, secondo parametri europei, sono a rischio di esclusione sociale, sì da assicurare la percezione di almeno il 60% del reddito mediano da lavoro dipendente, calcolato per ciascun paese. A coloro che si trovano in situazione di difficoltà va assicurata anche una tariffazione agevolata per i servizi indispensabili (come luce e gas), un aiuto – se necessario – alle spese di affitto e la copertura di quelle impreviste. Questo insieme di misure mira a consentire a tutti di condurre una vita libera e dignitosa garantendo, almeno, i mezzi «elementari di vita». Da quella data è quindi molto chiaro che tipo di prestazioni ogni paese deve assicurare; ad esempio, per l'Italia la soglia del 60% prima indicata è pari a 600 euro mensili, così come è ben noto il numero di italiani che sono a rischio di esclusione sociale. Mentre il reddito di cittadinanza per definizione spetta a tutti, indipendentemente dalle condizioni lavorative e patrimoniali, il Rmg presuppone una situazione concreta di bisogno; ma le finalità ultime delle due misure sono le medesime, e cioè realizzare per tutti le precondizioni di ordine sociale di un gioco democratico equo e partecipativo: quella che il Presidente Roosevelt chiamava *freedom from want*. Per questa ragione anche il Rmg costituisce un corollario ineludibile di una nozione di cittadinanza autenticamente incentrata su basi solidaristiche «assicurando a ogni persona bisognosa le condizioni materiali indispensabili per la sua esistenza e un minimo di partecipazione alla vita sociale, politica e culturale del proprio paese» (Tribunale costituzionale tedesco 9 febbraio 2010). Tornando all'Europa, non solo la Raccomandazione del 1992 è stata reiterata nel 2008 (6) (in piena crisi economica internazionale), ma si è avuta una vera e propria «costituzionalizzazione» del Rmg. Questo diritto sociale fondamentale è stato prima recepito nella Carta dei diritti dei lavoratori comunitari (1989), quindi nella Carta sociale europea rivisitata del 1996 (del Consiglio d'Europa) e infine nella Carta dei diritti dell'Ue (più nota come Carta di Nizza, le cui norme godono dello «stesso valore giuridico dei trattati» dal 1° dicembre 2009), che al suo articolo 34 sancisce «il diritto all'assistenza sociale e abitativa volte a garantire un'esistenza libera e dignitosa a tutti coloro che non dispongono

(6) Recentemente, la Commissione ha sottolineato l'importanza di «*adequate schemes of minimum income*» come strumento anticiclo: cfr. http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/Press%20releases/RAPID%20press%20releases/20140411-123153_MEMO-14-258_ENpdf.pdf.

di risorse sufficienti». Quest'ultima norma (già richiamata anche nella decisione *Kamberay* della Corte di Giustizia – Grande Camera – del 14 aprile 2012) rende evidente che la misura deve avere natura individuale ed è volta alla protezione della dignità delle persone, non a un loro reinserimento lavorativo (7). Occorre considerare che la codificazione della materia dei diritti fondamentali di matrice europea con l'attribuzione al Rmg dello *status* di *fundamental right* è coeva al varo della *Lisbon Agenda*, con la sua ambizione a creare un lavoro di «qualità» (*more but better jobs*). A proposito delle politiche per la crescita economica e per il miglioramento dell'occupazione lavorativa portate avanti dal 2000 con la *Lisbon Agenda* (la *Strategia di Lisbona* successivamente rimodulata con la *Strategia 2020*) e della catena narrativa che da essa si è sprigionata, Simon Deakin, eminente giuslavorista di Cambridge, ha recentemente parlato di un «nuovo umanesimo» del diritto sociale europeo di inizio millennio, ritenendo necessario archiviare l'attuale imperante diritto dell'«emergenza economica» (8). Il Rmg, nel campo del lavoro, è funzionale al rafforzamento della libertà, dell'autonomia e dell'indipendenza delle persone; non può essere ricondotto a mero mezzo di induzione più o meno coattiva al reimpiego, se lo si interpreta correttamente anche alla luce delle «storiche» promesse dell'Unione nel 2000 a Lisbona.

Proprio il Parlamento europeo con una storica risoluzione dell'ottobre del 2010 (adottata con 539 voti a favore e 19 contrari) non solo ha nuovamente invitato gli Stati che ne sono privi (Italia e Grecia) ad adottare schemi di Rmg, ma tutti i paesi a rispettare i parametri già fissati a livello europeo e, soprattutto, a erogarlo secondo modalità che

(7) Per l'importanza crescente della Carta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. il recentissimo *Report* della Commissione europea che ha sottolineato che nel 2013 si è triplicato il numero di casi esaminati dalla Corte di Giustizia alla luce dei diritti sanciti nel *Bill of rights* Ue: Cfr. http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/04/com_2014_224_en.pdf.

(8) Cfr. S. Deakin, *Il Trattato di Lisbona; le sentenze Viking e Laval e la crisi finanziaria: in cerca di nuove basi per l'economia sociale di mercato* europea, in *q. Riv.*, 2013, n. 4, I, pp. 683 ss. Si veda soprattutto questo passaggio: «nella prospettiva del nuovo umanesimo, il ruolo delle politiche sociali ed economiche è quello di fornire una cornice entro la quale le *capabilities* individuali, intese come libertà economiche effettive, vengono realizzate all'interno di alcuni vincoli determinati dalle risorse date. Le istituzioni, come i mercati e gli altri meccanismi di coordinamento economico, vengono considerate, da questo punto di vista, come strumenti potenziali utili per questo fine, non come fini a sé stessi. Lo stesso principio si applica ai diritti sociali e ai meccanismi redistributivi e protettivi di sistemi di *welfare*: essi sono mezzi per rafforzare la libertà dei singoli» (p. 705).

siano rispettose della sua natura di *fundamental right*; il Rmg non può essere quindi accompagnato da forme di controllo e sorveglianza che mortificano quella dignità degli individui che invece si vorrebbe tutelare. Non può neppure essere condizionato all'accettazione di offerte di lavoro che non siano compatibili con il livello professionale acquisito o il curriculum formativo. Infine il Rmg, insieme al diritto alla formazione permanente e continua e a quello di accesso gratuito a efficienti servizi di collocamento, costituiscono i 3 pilastri della politiche cosiddette di *flexicurity* formalizzate nel 2007 con gli 8 principi comuni cui tutti gli Stati dovrebbero ispirarsi in materia sociale.

Ancora la sentenza cui abbiamo già accennato del 9 febbraio 2010 del Tribunale costituzionale tedesco (ma non mancano precedenti della stessa Corte, anche se non così solenni) ha dichiarato parzialmente incostituzionale il sistema *Hartz IV*, introdotto dal Cancelliere Schröder nel 2005, che raggruppa gli aiuti sociali e gli assegni di disoccupazione. Secondo il giudice delle leggi quel sistema viola gli artt. 1 («La dignità dell'uomo è intangibile») e 20 («La Repubblica tedesca è uno Stato federale democratico e sociale») della Costituzione tedesca, letti in connessione tra di loro (9).

Nel linguaggio fortemente evocativo del Tribunale costituzionale di Karlsruhe, relativo al *menschenwürdigen Existenzminimums* (espressione che si può tradurre in «reddito minimo adeguato a una vita dignitosa»), il diritto in esame: «garantisce a ogni persona bisognosa le condizioni materiali indispensabili alla sua esistenza e a un minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica. [...] Tale diritto non è soggetto a quanto dispone il Parlamento e deve essere onorato...». Pertanto la tutela ha una sua autonoma configurazione che assegna all'individuo come tale la dotazione dei mezzi indispensabili all'inserimento come «persona», quindi con un proprio progetto di vita, in un contesto sociale e politico determinato. Si è stabilito, in particolare, che il livello dei sussidi per le persone in grado di lavorare (pari a 359 euro mensili) e quelli per gli altri componenti del nucleo familiare (che possono arri-

(9) La *higher law* tedesca, a differenza della nostra Costituzione, non contempla un elenco specifico di diritti di natura sociale, ma li riassume nella «clausola di socialità» dell'art. 20, sicché la Corte ha in sostanza stabilito le conseguenze, in materia sociale, del principio di intangibilità della dignità personale. Il Tribunale costituzionale ha ritenuto non affidabili i parametri seguiti per dimostrare l'idoneità dei «minimi vitali» stabiliti (ridotti dal governo Schröder) per salvaguardare la dignità dei soggetti protetti. Inoltre ha stigmatizzato l'assenza di misure per coprire spese impreviste ed eccezionali delle persone sussidiate.

vare a oltre 800 euro) sono troppo bassi o comunque non determinati sulla base di parametri affidabili, essendo state le prestazioni ridotte nel 2005 per indurre i disoccupati a trovare a ogni costo un lavoro (10).

Si tratta, comunque, di una tendenza planetaria; proprio alcuni dei paesi emergenti hanno fatto del Rmg un momento essenziale delle loro politiche, come simbolo di coesione e solidarietà sociale, nel momento in cui si sono aperti ai mercati. In Brasile, 34 milioni di persone vivono con la *Bolsa social*, subordinata – per chi è genitore – al solo obbligo di mandare i figli a scuola; molti Stati dell'India usano il Rmg per impedire la distruzione dell'economia rurale, le Corti del Sudafrica lo riconoscono come un diritto fondamentale, così come la Corte interamericana dei diritti dell'uomo (come specificazione del «diritto alla vita»).

È certamente piuttosto semplice alla luce di questa necessariamente sintetica ricostruzione delle fonti (di *soft* come di *hard law*) sovranazionali, arrivare a uno schema di legge con esse coerente: i tre disegni di legge già pendenti in Parlamento offrono un ottimo materiale e potrebbero essere composti in un testo che sia davvero l'attuazione in Italia dell'art. 34 della Carta dei diritti Ue che i disegni richiamano nelle loro Relazioni. Invece il precedente governo Letta ha proseguito sulla strada delle moltiplicazioni delle forme di *social card*, incompatibili logicamente e funzionalmente con l'idea di un Rmg, e quello in questo momento in carica sembra avere rimosso del tutto il problema. A noi sembra che in tal modo si contravvenga platealmente alle indicazioni sovranazionali e anche in modo assai rischioso. Inutile ricordare che nell'ultimo Rapporto per il 2012 sul rispetto dei *social rights* (stabiliti nella Carta sociale europea) il Comitato economico-sociale del Consiglio d'Europa (11) ha chiaramente osservato che l'Italia non rispetta l'art. 30 della Carta (in particolare sotto il profilo della lotta all'esclusione sociale). Purtroppo l'efficacia di questi Rapporti nell'indurre delle politiche virtuose è, allo stato, assai scarsa. Più serio è il rischio che si corre con l'Unione. Secondo gli obiettivi stabiliti nella Strategia 20-20 (che ha sostituito la *Lisbon Agenda*) dovremmo diminuire entro il 2020 del 20% il numero dei nostri poveri o dei soggetti a rischio di esclusione sociale, mentre l'Italia vanta il tristissimo primato nell'Ue a 28 membri di avere il tasso di accrescimento più alto del loro numero. Non si vede

(10) La traduzione in inglese delle motivazioni della decisione è leggibile in http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg_10-005en.html.

(11) [Http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Conclusions/State/Italy2013_en.pdf](http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Conclusions/State/Italy2013_en.pdf).

in che modo possa l'Italia fare questo essenziale e salutare «compito a casa», senza introdurre quello strumento specifico di lotta alla povertà e di salvaguardia della dignità essenziale delle persone che l'esperienza costituzionale mondiale ha sin qui elaborato e rafforzato proprio da quando il lavoro (salariato) è divenuto risorsa scarsa e anche instabile. La Commissione ha appena introdotto ulteriori parametri di valutazione della «competitività» degli Stati sensibili alla dimensione sociale tra i quali figura anche la questione «esclusione sociale». Sono in molti (studiosi, ma anche politici influenti a livello europeo) a chiedere che gli Stati che si allontanano vistosamente dal perseguimento degli obiettivi della Strategia 20-20 siano esclusi dall'accesso alle risorse sovranazionali, che poi sono le uniche di cui davvero disponiamo per qualche politica di segno anticiclico.

Per quanto ancora si farà finta di niente con il pretesto che non esiste ancora una direttiva attuativa dell'art. 34 del *Bill of rights* europeo? Se non si vuole agire per convinzione, lo si faccia perché è un obbligo ed è troppo rischioso violarlo ancora a lungo. Insomma: perché ce lo chiede saggiamente l'Europa.

ABSTRACT

Nella prima parte del saggio si esamina sinteticamente la proposta di legge delega presentata dal dicastero Renzi in ordine alla questione di un ipotizzato trattamento dopo la fruizione dell'Aspi in favore di lavoratori disoccupati e si osserva che tale misura, comunque prevista solo come «eventuale», non ha le caratteristiche tipiche dell'istituto del «Reddito minimo garantito» come diffusosi nell'Unione europea e come riconosciuto dalla Carta dei diritti dell'unione europea.

Nella seconda parte si prendono in esame le indicazioni sovranazionali in materia di «Reddito minimo garantito» anche in ordine al corretto equilibrio tra l'aspetto primario della garanzia di un fundamental right, che mira a salvaguardare la dignità e l'autonomia essenziale delle persone, e gli obiettivi occupazionali o di reinserimento sociale che perseguono in genere le policies europee.

WHAT HAS BECOME OF THE GUARANTEED MINIMUM INCOME?

In the first part of the essay, the Author briefly examines the bill submitted by the Italian government dealing with the economic support for the unemployed workers. According with the Author, such a measure, however, foreseen as «possible», does not have the typical features of the s.c. «guaranteed minimum income» as commonly widespread in the European Union and as recognized by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

In the second part, the essay examines the supra-national proposals for the «guaranteed minimum income» and focuses on the problem of the balance between the guarantee of this fundamental right, which aims to safeguard the dignity and the autonomy of individuals, and the promotion of employment and social inclusion pursued by European policies.

Valerio Speciale (*)

LA RIFORMA DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE TRA *LAW AND ECONOMICS* E GIURISPRUDENZA (PARTE I) (**)

SOMMARIO, Parte I: 1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro. — 2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica. — 3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine. — 4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio. — 5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare. — 6. Il licenziamento disciplinare.

SOMMARIO, Parte II: 7. Il licenziamento economico. — 8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare. — 9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico. — 10. Il lavoro pubblico. — 11. Conclusioni.

1. — *Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro* — La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione» (1), ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insiders* e *outsiders* (2), attrarre gli investimenti esteri (3), migliorare la

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara.

(**) Il testo è la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta a Roma il 3 maggio 2013 nel convegno organizzato dalla Accademia dei Lincei dal titolo «La riforma del diritto del lavoro». La Parte II dello studio verrà pubblicata sul prossimo fascicolo di *q. Riv.*

(1) M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 445.

(2) P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 3; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 231.

(3) P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 5.

«qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari) (4), adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei (5). Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal *premier* Monti (6) e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche e ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Il Governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca centrale europea (Bce), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni e ai licenziamenti» (7). La comunicazione esprime una opinione che la Bce sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo monetario internazionale, Banca d'Italia, Commissione europea) (8).

Prima di analizzare questi aspetti, mi sembra peraltro evidente che le ragioni addotte a giustificazione della riforma siano tutte di carattere economico. Da questo punto di vista, profili più specificatamente propri

(4) A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 416-417.

(5) T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 23; Id., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.csdle.it*, n. 155, 2012, p. 15; G. Pellacani, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3.

(6) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 322; G. Pellacani, *op. ult. cit.*, pp. 3-4, e p. 8.

(7) Cfr. V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 523; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 256; F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, p. 531; G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 653; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 542-543. Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico-sociale in cui è nata vd. A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *www.csdle.it*, 2011, pp. 7 ss.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 523.

(8) Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse vd. V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 525 ss.; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napolitano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5; G. Orlandini, *op. ult. cit.*, p. 651, nota 18; M.T. Carinci, *op. ult. cit.*, pp. 536 ss.

del diritto del lavoro, come, ad esempio, la tutela del lavoratore dinanzi all'esercizio di un potere unilaterale che incide su aspetti personali molto importanti, sono completamente trascurati. Questa situazione, a prima vista del tutto anomala se si considera che la disciplina in materia di licenziamenti è principalmente finalizzata a tutelare il lavoratore, non deve stupire. Si tratta, infatti, della ennesima riprova della completa subordinazione del diritto del lavoro alle (presunte) esigenze dell'economia.

A ben guardare, le descritte finalità perseguite dalla riforma rispecchiano l'approccio tipico della analisi economica del diritto. La disciplina del licenziamento individuale è valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici e in base all'analisi costi-benefici. Una tendenza, quest'ultima, che è ormai estensibile all'intero diritto del lavoro, letto esclusivamente in una «visione puramente deterministica e quantitativa del mondo» (9), e dove la regolazione giuridica viene assimilata «a un sistema mercantile governato da prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)» (10).

La dimensione economica del lavoro è indiscutibile. Il lavoratore, a livello aziendale, costituisce un fattore della produzione dotato di uno specifico livello di produttività e di costo e la cui organizzazione contribuisce alla realizzazione del bene o servizio prodotto dall'impresa. In un contesto «macro» le retribuzioni dei lavoratori, determinate direttamente o indirettamente dai contratti collettivi, condizionano la domanda di beni di consumo a livello territoriale e nazionale, con tutte le annesse conseguenze in termini di offerta di prodotti, influenza sulla determinazione dei prezzi e sul tasso di inflazione. Il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire sui livelli occupazionali. La *Labour Economics*, secondo i principi dell'analisi economica del diritto, ritiene che in generale la regolazione giuridica del lavoro produce effetti economici specifici, anche se molto discutibili (e variamente discussi) sono i criteri di misurazione quantitativa utilizzati. Lo stesso sviluppo e la fruizione dei diritti connessi ai rapporti individuali e collettivi di lavoro risentono del più generale contesto economico e politico sociale nel quale sono inseriti. Mi sembra, ad esempio, che la *golden age* del diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) sia il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazio-

(9) A. Perulli, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. mer.*, 2011, p. 403.

(10) A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 586.

nale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati. Mentre le grandi trasformazioni successive (globalizzazione dei mercati, competizione tra aree economiche continentali, liberalizzazione degli scambi e fine dell'intervento dello Stato nella regolazione dell'economia) hanno sollecitato profonde revisioni della materia (11).

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, come è a tutti noto, il diritto del lavoro si sviluppa anche per sottrarre il lavoratore alla sua dimensione puramente economica. Non si tratta soltanto di riequilibrare le distorsioni che il sistema economico produce sui livelli di reddito e di partecipazione al mondo del lavoro, ma di affermare «valori non economici, come l'equità, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità o – perché no – la libertà nelle sue varie manifestazioni...» (12). Queste finalità sono alla base dell'imponente sviluppo di diritti fondamentali del lavoratore contenuti nella nostra Costituzione, nei trattati dell'Unione europea e nella legislazione anche di fonte internazionale oltre che nella contrattazione collettiva. Molti anni fa, si sosteneva che «la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore» (13). Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva. Come ho avuto già modo di dire: «il diritto del lavoro è sempre più il diritto della flessibilità e del mercato del lavoro. Le finalità di protezione del lavoratore non vengono abbandonate. Esse peraltro sono subordinate alle esigenze di competitività, riduzione dei costi e flessibilità organizzativa reclamate dalle imprese... Gli interessi economici e organizzativi dell'impresa sono la “stella polare” dell'intervento legislativo nazionale e (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista, si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il “diritto del datore di lavoro-imprenditore”» (14).

Ovviamente riaffermare la specificità giuridica del diritto del lavoro significa sottolineare la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi

(11) Sulle interrelazioni tra sviluppo del diritto del lavoro e quadro macroeconomico generale cfr., da ultimo, T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 597 ss.

(12) R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 39.

(13) G. Mazzoni, voce *Diritto del lavoro e sindacale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 1074.

(14) V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 4-5.

principi» (15) e non predicarne *l'indifferenza* alle ragioni dell'economia. Già molti anni fa si sosteneva che in questa materia «il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono oramai elementi distintivi costanti» (16). Si affermava inoltre la necessità «di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde» (17). Ha ragione quindi chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse» (18).

Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come, ad esempio, la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto [del lavoro] all'economia» (19). A mio parere, al contrario, siamo in presenza di una «nuova tirannia dei valori economici» (20). La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa delle riforme in materia di lavoro, come dimostra tutto il dibattito precedente alla emanazione della nuova disciplina in materia di licenziamenti e come è evidente anche per le più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. La necessità di ridurre la rigidità delle regole in tema di recesso dovrebbe produrre i miglioramenti delle *performance* economiche del «sistema Italia» già in precedenza descritte. Il tutto in coerenza con un «pensiero unico» sostenuto da grandi istituzioni economiche internazionali che rispecchia l'analisi neoclassica standard, smentita (come vedremo) da dati empirici e da altre scuole di pensiero (21).

(15) A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 561.

(16) G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, 1979, ora in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 252.

(17) G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, 1982, ora in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 334.

(18) R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, pp. 45-46.

(19) R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 46.

(20) A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 584.

(21) Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diver-

In verità la dimensione assiologica del diritto del lavoro trova nel licenziamento uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza. Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza del suo comportamento a fronte dell'imputazione di fatti mai ammessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali (22). Infatti, «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2, cit., e nel successivo art. 36» (23). E questo

si, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si vedano, sul punto, A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *www.csdle.it*, 2011, p. 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nota 66).

(22) Su tali aspetti, cfr. V. Speciale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 88 ss., e, di recente, G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 129 ss. Si rinvia anche a L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 685.

(23) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, *www.dejure.giuffrè.it*, p. 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nella nota precedente [a cui *adde* S. Mazzamuto, *Ancora sul mobbing*, in Aa.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 211 ss.; Id., *Un'introduzione al mobbing*, in P. Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 23 ss., e nota 45; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 65 ss.; Id., *Diritto del*

spiega perché, anche nel caso del licenziamento economico, sono in gioco sia profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al «prezzo» del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore (24).

I profili descritti, che indubbiamente costituiscono parte della specifica dimensione assiologica del diritto del lavoro, non sono stati mai discussi o considerati quali ragioni giustificative dell'intervento di riforma. Questo non significa che la nuova disciplina non prenda in considerazione anche questi aspetti, come dimostra, ad esempio, il rafforzamento e l'estensione della tutela in tema di licenziamento discriminatorio (25). Voglio solo sottolineare come gli effetti che la riforma avrebbe potuto determinare sulla dimensione giuridica degli interessi in gioco sono stati completamente ignorati e tutto il dibattito si è sviluppato sulle conseguenze economiche che l'intervento riformatore avrebbe potuto realizzare.

Un altro esempio significativo del carattere pervasivo e totalizzante della razionalità economica è dato dalla discussione sulla funzione e sul valore della tutela reintegratoria.

Nel commentare la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una *liability rule*, in

lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pp. 489 ss.; A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 40; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 270 ss.; G. Verde, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in Aa.Vv., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 60 ss., anche se questo Autore svolge qualche precisazione critica rispetto agli altri Autori citati] ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie vd. anche A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 564, nota 12 (con riferimenti bibliografici).

(24) Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

(25) Sulle problematiche connesse al licenziamento discriminatorio si vedano, tra gli altri, M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 552 ss.; P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 279 ss.; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 139 ss.

genere applicata quando «sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore» (26). Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta rimessa al legislatore. Nella riforma Monti la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare a un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno (27). L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della *law and economics*, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «dede sempre il diritto fondamentale al lavoro [...] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo» (28).

Ho già espresso le mie obiezioni a questa interpretazione (29). Non vi è dubbio, comunque, che la lettura di Ichino è coerente con l'approccio tipico dell'analisi economica del diritto, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria» (30).

Dal punto di vista giuridico, la reintegrazione nel posto di lavoro va invece considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restitutio in integrum* della posizione soggettiva,

(26) P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, pp. 10-11.

(27) P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 10-12.

(28) P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

(29) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 530 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 316 ss.

(30) A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 563.

particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali (31), è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica (32) e anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel diritto del lavoro, ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica (33). Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario» (34). In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma» (35).

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica (36). L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale (37).

(31) G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 32 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

(32) Si rinvia agli Autori citati nelle precedenti note 22 e 23.

(33) Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione [cara a Ichino e altri cultori dell'analisi economica del diritto] tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempnata si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 669).

(34) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., p. 7.

(35) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., p. 8.

(36) A. Perulli, *op. ult. cit.*, pp. 564 ss.

(37) Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: Corte. cost. 3 marzo 1994, n. 108, in <http://www.dejure.giuffre.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostruire *ab origine* il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga a un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo (38).

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici» (39). Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul temperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo», e assorbe «ogni valutazione, di ordine extraeconomico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità» (40).

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità e alla continuità del lavoro. Il controllo

(38) Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi e interpretazione vd. A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 6 ss.

(39) P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, Milano, 2011, p. 110.

(40) A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *q. Riv.*, 2012, I, pp. 563-564.

del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Gli esempi fatti dimostrano che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio» (41) e che la «tirannia dei valori economici» (42) si è compiutamente realizzata. In realtà siamo in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica – nel senso assiologico più volte spiegato – è del tutto assente, o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Non si tratta di prendere posizione sulle diverse opzioni proposte dalla teoria economica, quanto di rilevare come stiamo assistendo a un vero e proprio processo di «colonizzazione» che trasforma le ragioni dell'economia nell'unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» delle specificità del diritto che ne giustificano la sua stessa esistenza. Forse occorrerebbe ricordare che «il diritto del lavoro si preoccupa tradizionalmente di proteggere i lavoratori, non di garantire la salute dell'economia e neppure di promuovere l'occupazione» (43). Se è certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica (44), è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e plu-

(41) R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 46.

(42) A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 584.

(43) T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 597.

(44) R. Del Punta, *op. ult. cit.*, pp. 43 ss.

ralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner) (45). In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio» (46). In caso contrario è la stessa identità epistemologica del diritto del lavoro a essere minacciata.

2. — *Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica* — A questo punto è possibile esaminare in modo più approfondito il dibattito sugli effetti economici della rigidità della disciplina dei licenziamenti. Questa analisi, ovviamente, deve tenere conto anche dei dati empirici a nostra disposizione. Se il presupposto dell'analisi economica del diritto è quello della incidenza dell'art. 18 sull'occupazione, sul dualismo tra *insiders/outsiders*, sull'attuazione degli investimenti esteri e così via, è necessario verificare se e in che misura queste ragioni trovano conferma nella realtà sociale.

In realtà, la correlazione tra «rigidità» delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile, e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice (47). Inoltre vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la «protezione» garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione (48). Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro I-

(45) G. Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, Napoli, 1999.

(46) R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 39.

(47) «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (Oecd, *Oecd Employment Outlook*, Paris, 2004, p. 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (p. 63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

(48) Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *www.csdle.it*, 2011, pp. 14 ss. Si vedano anche R. Artoni, M. D'Antoni, M. Del Conte, S. Liebman, *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*, in *Legal Studies Research Paper Series*, 2006, pp. 3 ss., e E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, I, il Mulino, Bologna, 2011, p. 137; E. Fabrizi, V.

chino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro (49). D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro elaborato dall'Ocse – modificato nel 2004 con l'eliminazione del Tfr dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi di economia» (50) – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni ottanta, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili (51). Inoltre, il *ranking* complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati – è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità (52). La reintegrazione «pesa» «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale» (53) e ha una influenza modestis-

Peragine, M. Raitano, *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 49 ss.

(49) P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5. L'Autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'«equilibrio mediterraneo» [caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti, n.d.r.] determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei paesi nordeuropei o a quello di tipo statunitense».

(50) C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 44.

(51) I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto, le osservazioni di E. Reyneri, *op. ult. cit.*, I, pp. 131-132, e di E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *op. ult. cit.*, che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei» (p. 52).

(52) I dati sono reperibili nel sito indicato nella nota precedente. In particolare, nella parte relativa al *Oecd Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. anche E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *op. ult. cit.*, pp. 50 ss.

(53) M. Leonardi, *L'indennità nell'incertezza*, in *La voce*, 27 marzo 2012, in <http://www.lavoce.info>, 2012, p. 1. Anche C. Dell'Aringa rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (*op. ult. cit.*, p. 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 666-667.

sima sulla posizione in graduatoria dell'Italia (54). Una riprova ulteriore del carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'Ocse.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel *turn-over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata e uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più elevati in Europa» (55). Una recente ricerca effettuata dal dipartimento del tesoro del ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di “liquidità”...» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra *insiders* e *outsiders*...» (56). Sempre in questo ambito, d'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un *turn-over* superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della legge n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso *ad nutum* e ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento

(54) La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre *sub* indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione “difficoltà di licenziamento”» (M. Leonardi, *op. ult. cit.*, p. 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) e il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale e i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

(55) E. Reyneri, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 2. Questa opinione è sostenuta anche dal Cnel, *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma, 2005, pp. 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (B. Contini, U. Trivellato, *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*, il Mulino, Bologna, 2005).

(56) Dipartimento del Tesoro – Fondazione G. Brodolini, *Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies*, Handout, Roma, 2012, p. 8. Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di E. Fabrizi, V. Peragine, M. Raitano, *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)» (p. 66).

del *firing cost* ha prodotto effetti assai ridotti su accessi e uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta» (57).

L'opinione secondo cui l'incremento della «flessibilità in uscita» dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard (58), non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad esempio, il d.lgs. n. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: i datori di lavoro che assumevano in nero continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente» (59). Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto redistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standard (60). La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18) suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali diverse dalla subordinazione. E anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso) (61) è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare *dimostrato* che l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio» (62). Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide in

(57) A. Kugler, G. Pica, *Effects of employment protection on worker and job flows: evidence from the 1990 Italian reform*, *Labour Economics*, 2008, n. 15, p. 94.

(58) A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 416 ss.

(59) C. Tealdi, *La flessibilità non ferma il sommerso*, in *La voce.it*, 8 maggio 2012, p. 3.

(60) C. Dell'Aringa, *Seminario sulla flessibilità in uscita*, in *Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011, in <http://www.ildiariodellavoro.it>, 2011, p. 1.

(61) P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, Milano, 2011, pp. 64 ss.

(62) P. Ichino, *Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato*, in <http://www.pietroichino.it>, 2011, p. 3.

modo rilevante sui diritti dei lavoratori in base a elementi... indiziari e oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa «vischiosità» (63) del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo Autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati» ecc.) (64). Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello Statuto, a cui francamente si imputa... troppo (65). Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda e offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità professionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro, per cui alcune fasce deboli sarebbero meno "occupabili" e quindi destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione» (66). Inoltre, per confermare la tesi *insiders/outsiders* (smentita dalla ricerca del dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento» (67). Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo»,

(63) P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, p. 5.

(64) P. Ichino, *op. ult. cit.*, pp. 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nota 56.

(65) C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 42 ss.

(66) E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, I, il Mulino, Bologna, 2011, p. 196.

(67) P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 3.

certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro (68).

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente» (69). Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti *reports*, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia (70).

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» sostenuto dall'Ocse e dalle altre istituzioni economiche inter-

(68) E. Reyneri, *op. ult. cit.*, pp. 103 ss., pp. 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

(69) P. Ichino, *op. ult. cit.*, p. 5.

(70) Si vedano, ad esempio, i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum* (in http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf). Essi mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Queste caratteristiche sono confermate nel Rapporto 2012/2013. Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Conclusioni simili sono contenute nel *report* 2012/2013, dove la Germania continua a occupare la sesta posizione, con un indice di rigidità che la colloca al 119° posto, rispetto al 127° dell'Italia. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del *ranking* (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

nazionali (71), che costituisce una sorta di «pensiero unico» (72) in larga parte smentito da studi e dati concreti. Mentre, in altre ipotesi, esso esprime conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento» (73) del nostro paese e, dopo la lettera della Bce, la riforma dei licenziamenti era inevitabile, anche se erano sicuramente percorribili strade diverse (74). A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro» (75).

A oltre un anno dall'entrata in vigore della riforma è possibile affermare che gli sperati effetti positivi sull'economia e sull'occupazione del nostro paese non si sono minimamente realizzati. I dati più recenti confermano la persistenza della recessione (con la previsione di una decrescita del Pil nel 2013 pari all'1,8%) e un incremento del tasso di disoccupazione, attualmente pari al 12,5% e che raggiunge il 40,4% per i soggetti compresi tra 15 e i 24 anni (76). Ovviamente, sarebbe ingeneroso attribuire alla riforma Fornero questi risultati, che in verità dipendono da fenomeni nazionali e internazionali di ben altro rilievo. Tuttavia, com'era prevedibile, la nuova disciplina dei licenziamenti ha pro-

(71) M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 536.

(72) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 525 ss.

(73) F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Law. giur.*, 2012, n. 6, p. 531.

(74) Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali – in effetti poi realizzata –, a una migliore tipizzazione delle causali di recesso – per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali – alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali. Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

(75) C. Dell'Aringa, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012*, n. 92, Giuffrè, Milano, 2012, p. 42.

(76) I dati indicati nel testo sono quelli pubblicati dall'Istat per quanto riguarda il Pil (*Conti economici trimestrali del II trimestre 2013*, 10 settembre 2013, in *www.istat.it*, 1) e la disoccupazione a settembre 2013 (*Occupati e disoccupati*, 31 ottobre 2013, in *www.istat.it*, pp. 1 ss.).

dotto conseguenze irrilevanti sul sistema economico e sulla competitività del nostro paese. La previsione di Dell'Aringa sopra citata si è puntualmente realizzata.

I dati descritti e le analisi teoriche ed empiriche già analizzate sollecitano peraltro riflessioni ulteriori.

La *law and economics*, pur se contrassegnata da connotati indubbiamente teorici, dovrebbe avere una stretta connessione con la realtà e con la ricerca dei riscontri concreti della esattezza delle teorie. Non va dimenticato, tra l'altro, che esiste una specifica materia (la econometria) che è dedicata alla verifica empirica di modelli formulati in ambito teorico. Tuttavia occorre anche ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria» (77). Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche che legano disciplina dei licenziamenti e occupazione (o altri fenomeni quali l'attrattività degli investimenti esteri, il superamento del dualismo nel mercato del lavoro e così via) siano *indifferenti* alle «dure repliche della realtà» e all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate (78).

Si assiste dunque a un duplice fenomeno. Da un lato, si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie in materia di licenziamento a *prescindere* dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo e in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà» (79). Dall'altro, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre a un confronto tra modelli economici e l'evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un

(77) P. Palazzi, *L'economia come scienza sociale e politica*, Aracne, Roma, 2011, p. 10.

(78) Senza dimenticare che esistono molti contributi teorici che negano la correlazione tra tutela dei licenziamenti e occupazione. Vd. *retro*, nel testo, e note 47 e 48.

(79) P. Palazzi, *op. ult. cit.*, p. 13.

eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, *prescinde* dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe snaturate nei propri elementi costitutivi con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia.

In verità, la rigidità dei licenziamenti come fattore di creazione di disoccupazione, del dualismo *insiders/outsiders*, della mancanza di attrattività del nostro paese per quanto riguarda gli investimenti esteri è una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

Va peraltro detto che la riforma Fornero cerca di sopperire al deficit di realtà della scienza economica prevedendo un sistema di «monitoraggio» della legge, al fine di «valutarne gli effetti sulla efficienza del mercato del lavoro [e] sulle modalità di entrata e uscita dall'impiego» (art. 1, comma 2, legge n. 92/2012). Il sistema permanente di controllo «basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan)» dovrebbe suggerire l'introduzione di «eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla [...] legge, anche alla luce dell'evoluzione del quadro macroeconomico, degli andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali» (art. 1, commi 2 e 3, legge n. 92/2013) (80).

La prospettiva è di grande interesse perché suggerisce un controllo sulla efficacia della legge che dovrebbe consentire una valutazione più concreta del suo impatto, in coerenza con la proposta secondo la quale il legislatore deve impegnarsi a valutare i dati concreti durante la *drafting* delle norme e nella fase di attuazione delle leggi (81). Ovviamente, la

(80) Sul monitoraggio si rinvia a S. Sciarra, *Monitoraggio e valutazioni: le riforme nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 37 ss.

(81) P. Ichino, *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pp. 393 ss.

sperimentazione, indubbiamente positiva, pone dei problemi. Ad esempio, con quali criteri è possibile distinguere i licenziamenti economici dovuti all'andamento negativo (congiunturale o strutturale) del ciclo da quelli che sono invece conseguenza esclusiva o preponderante della regolazione giuridica, «isolando» quindi l'effetto normativo da quelli più generale di contesto?

In ogni caso, la verifica sul campo della legge è certamente utile perché consente di avere dati concreti su cui discutere, nell'ambito di quell'apertura metodologica con altre scienze di cui si è più volte parlato. Ovviamente, si tratta di verificare se il monitoraggio sarà effettivamente realizzato. Si è giustamente rilevato che «anche il d.lgs. n. 276/2003 aveva abbracciato questa metodologia...», ma che «in quell'esperienza di riforma le speranze sono andate in parte deluse, poiché le indicazioni lanciate dal legislatore non sono state tradotte in fatti» (82). Nell'anno successivo alla riforma, in verità, qualcosa è accaduto ed è quindi possibile un cauto ottimismo. Al momento sono state pubblicate, a cura dell'Isfol, le *Prime evidenze ricavate dal sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del ministero del Lavoro e delle politiche sociali*. I due reports, eseguiti nell'ambito del monitoraggio previsto dalla legge n. 92/2012, analizzano gli effetti della riforma Fornero sulla dinamica degli avviamenti nei contratti di lavoro (83). Si tratta indubbiamente di un importante passo avanti, anche se critiche sulle metodologie utilizzate sono certamente possibili (84). In relazione al licenziamento non sono stati pubblicati dati significativi, se non quelli relativi al numero dei tentativi obbligatori di conciliazione per i recessi per giustificato motivo oggettivo (85). La speranza è che

(82) S. Sciarra, *op. ult. cit.*, p. 41.

(83) Isfol, *La dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro – Anno 2012*, in www.isfol.it, 10 maggio 2013, pp. 1 ss.; Isfol, *Gli effetti della legge n. 92/2012 sulla dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro*, Rapporto n. 3, 30 luglio 2013, in www.isfol.it, 2013, pp. 1 ss.

(84) Non si comprende, ad esempio, in relazione ai contratti a tempo determinato, quali sono riconducibili alle nuove tipologie «acausalì» e quali invece sono ascrivibili alle forme di lavoro a termine già esistenti in precedenza. In questo modo non è possibile capire quale sia l'effetto introdotto dalla riforma su un aspetto così importante.

(85) Sono stati rilevati 16.000 tentativi obbligatori di conciliazione nel periodo 18 luglio 2012-22 luglio 2013, con esiti positivi nel 40% dei casi. Si rinvia a Oua, *Sul fronte dei licenziamenti oltre 16 mila conciliazioni, Organismo unitario dell'Avvocatura italiana*, in www.oua.it, 2013, pp. 1 ss.

anche in questo campo si forniranno riscontri empirici che consentano valutazioni sull'impatto della nuova disciplina.

Questi dati, peraltro, dovranno essere considerati con salutare «relativismo». Infatti, gli «strumenti che possono misurare l'impatto delle normative, cioè quelli dell'analisi economica del diritto [...] offrono una serie di utilissime informazioni sulla realtà, ma raramente sono in grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori e i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche» (86). E senza dimenticare la necessità di analizzare queste conoscenze nell'ambito dei fini e dei valori perseguiti dal diritto del lavoro, che non possono essere piegati alla sola valutazione in chiave di (presunta) efficienza sulla regolazione del mercato.

3. — *La nuova disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine* — La riforma del 2012 ha cambiato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e modifica quindi un aspetto fondamentale della tutela in materia di licenziamenti su cui da parecchi decenni si era sviluppato un serrato dibattito giuridico e politico. L'innovazione è di grande rilievo e incide anche su assetti consolidati dalla giurisprudenza, chiamata a razionalizzare e interpretare disposizioni di non facile lettura, anche per l'evidente intento compromissorio che caratterizza il testo finale.

Per valutare l'impatto della riforma, mi pare opportuno soffermarmi sulla dimensione empirica tipica del giurista consistente nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sulla nuova disciplina, anche alla luce dell'imponente quantità di saggi e di commenti della dottrina, che, come vedremo, ha certamente influenzato le interpretazioni dei giudici (87). Non analizzerò tutte le problematiche connesse alle nuove disposizioni, ma mi concentrerò soltanto su alcune questioni di diritto sostanziale (non mi occuperò quindi del nuovo «rito Fornero»). In particolare mi soffermerò sugli aspetti che hanno rivelato i contrasti più forti in dottrina, trovando poi un significativo riscontro anche in giurisprudenza.

(86) R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 54.

(87) Una prima valutazione degli orientamenti giurisprudenziali è stata già fatta da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 181/2013, <http://www.csdlle.lex.unict.it>, 2013, pp. 1 ss.

4. — *La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio* — Un saggio molto approfondito e di elevato spessore teorico ha proposto una innovativa lettura della riforma. L'Autrice afferma che il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo è, salvo situazioni particolari, necessariamente discriminatorio e comporta l'applicazione della tutela reale «piena» prevista dall'art. 18, commi 1 ss., della legge n. 300/1970 (88). Questa interpretazione si presta a obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili (89) e non è stata accolta dalla dottrina con una pluralità di argomentazioni, alcune anche molto sofisticate (90).

(88) M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 554 ss.

(89) Sia consentito il rinvio anche a V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 544 ss.

(90) Si vedano, tra gli altri, M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 28 ss.; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *q. Riv.*, 2013, I, pp. 149 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, pp. 198 ss.; C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 32, nota 37; Id., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 567, nota 19; Id., *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 21 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 11 ss.; M.L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, p. 237, nota 17; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 289; L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 683; A. Topo, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 71; P. Alleva, *Proposta di emendamenti al d.d.l. sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*, in *www.dirittisocialecittadinanza*, 17 aprile 2012, pp. 1-2; F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 6, pp. 546 ss.; Id., *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 486, nota 41; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno nazionale del Centro studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo «Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro», in <http://www.pietroichino.it>, 2012, pp. 9 ss.; A. Maresca,

Senza voler ripetere le numerose considerazioni critiche, mi sembra evidente che la tesi di M.T. Carinci sia in ogni caso completamente in contrasto con la *ratio* della legge e con la stessa formulazione letterale dell'art. 18, che distingue nettamente la disciplina degli effetti prevista per il licenziamento discriminatorio e per quello privo di giusta causa o giustificato motivo (91). Non a caso si è giustamente sottolineato che «non si comprende [...] come un assunto dogmatico-ricostruttivo, per quanto serio, possa prevalere sulla realtà positiva di un regime che ha previsto (per i recessi ingiustificati) sanzioni a sé, ben distinte da quelle del licenziamento discriminatorio...» (92).

La giurisprudenza non ha sino a ora seguito la tesi della parziale identificazione tra licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato. A parte le decisioni riferite alla precedente formulazione dell'articolo 18, nelle quali si continua ad affermare la netta distinzione tra discriminarietà e assenza di giustificazione (93), anche le ordinanze che ap-

Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 429; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 613 ss. e 619 ss.; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 243; T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *www.esdile.it*, n. 155, 2012, p. 56.

(91) V. Speziale, *op. ult. cit.*, pp. 546 e 550. Tra l'altro ho osservato che la tesi qui criticata ha una valenza generale e pertanto anche nelle imprese con meno di 16 dipendenti il licenziamento ingiustificato dovrebbe essere necessariamente discriminatorio, con l'applicazione di una disciplina (la reintegra «piena») che prescinde dai requisiti dimensionali e con totale cancellazione della stabilità obbligatoria. Una conseguenza questa assolutamente in contrasto con la regola del «parallelismo delle tutele», più volte confermata dalla Corte costituzionale (V. Speziale, *ivi*, pp. 546 ss.). Questa mia critica è stata fatta propria anche da C. Cester, *op. ult. cit.*

(92) R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 14. M. Barbieri (*La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 29) afferma che, nel criticare la tesi di M.T. Carinci, avrei valorizzato oltre il dovuto la *ratio legis*. Tuttavia, se la *ratio* si identifica con «l'intenzione del legislatore» (secondo almeno la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti), mi pare evidente che la previsione di diversi regimi sanzionatori esprime in modo inequivocabile la volontà di distinguere tra il licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato.

(93) Si veda, ad esempio, Trib. Milano 11 febbraio 2013 – giudice Colosimo – (in *Boll. spec. Adapt*, 2013, n. 21, per la cui analisi si rinvia a M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 14), che ribadisce come il licenziamento discriminatorio si fonda su un «motivo odioso», ravvisabile, «in assenza di un'obiettivo ragione del licenziamento», nella «volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue».

plicano la nuova disciplina si muovono nell'ambito della distinzione tradizionale tra recesso discriminatorio e illegittimo. Vi sono numerose decisioni che, in riferimento al licenziamento ritorsivo, utilizzano le argomentazioni tradizionali già enucleate dalla Cassazione prima della riforma, senza quindi attribuire alcun rilievo al carattere innovativo della riforma (94). Anzi esse tendono a ricondurre la ritorsione nella discriminazione, mentre oggi la nuova configurazione del «motivo illecito» come autonoma fattispecie di licenziamento nullo dovrebbe sollecitare una revisione di questo orientamento (visto che il carattere ritorsivo del recesso potrebbe oggi trovare inquadramento in tale ambito piuttosto che nella discriminazione in senso proprio).

5. — *Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare* — Uno dei punti cruciali di contrasto tra i commentatori della riforma è stato quello della interpretazione, nel licenziamento disciplinare, del concetto di «insussistenza del fatto contestato» (art. 18, comma 4). Si era prospettata la tesi, infatti, che il «fatto insussistente» dovesse essere considerato nella sua componente «materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione materiale o evento concreto). Questo controllo avrebbe dovuto essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere e il non essere». Soltanto in questa ipotesi sarebbe stato possibile applicare la sanzione della reintegrazione. Mentre, qualora il «fatto» vi fosse stato, occorreva valutarne l'importanza ai fini delle nozioni di giusta causa o giustificato motivo. E, se si fosse riscontrata la mancanza di una ragione giustificativa adeguata a giustificare il recesso, l'unica sanzione possibile sarebbe stata il risarcimento del danno, a meno che il fatto, pur sussistente, non fosse riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo (95).

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi (96), avrebbe avuto come ef-

(94) Cfr., tra le tante, Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 271 ss., con note di P. Ichino, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e di F. Scarpelli, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*; Trib. Milano 28 novembre 2012 – giudice Casella –; Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi.

(95) A. Maresca, *op. ult. cit.*, pp. 435 ss.

(96) M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 Stat. lav.*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 54; Id., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*,

fetto immediato quello di rendere la reintegrazione una sanzione del tutto eccezionale (97) e si poneva, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di «marginalizzare» la reintegra (98). Ho criticato questa opinione in base a una pluralità di argomenti legati alla interpretazione letterale e sistematica della legge (99). Osservavo, tra l'altro, che la tesi criticata, se portata alle estreme conseguenze, poteva far ritenere che un «fatto lecito» (ad esempio, non aver salutato il datore di lavoro) avrebbe dovuto necessariamente determinare, a fronte della evidente ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. In quel caso il fatto era pienamente sussistente e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si sarebbe potuto fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde (100).

Ho espresso pertanto l'opinione che il «fatto» andasse inteso come «fatto giuridico», comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale ecc.) (101).

Cedam, Padova, 2013, pp. 120 ss.; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 264; A. Topo, *op. ult. cit.*, pp. 69-70; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 450; M. Marazza, *op. ult. cit.*, pp. 623 ss.; M.L. Galantino, *op. ult. cit.*, p. 243; T. Treu, *op. ult. cit.*, pp. 51 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 57 (peraltro con la precisazione che se il fatto fosse stato pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra sarebbe stata ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza e in applicazione dei principi in tema di frode alla legge); M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 6 ss.

(97) A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 437.

(98) Ed è lo stesso Maresca a confermare tale eccezionalità, quando afferma: «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 438).

(99) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 552 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 329 ss.

(100) V. Speciale, *op. ult. cit.*, p. 330.

(101) V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 553 ss.; Id., *op. ult. cit.*, pp. 333 ss.

Questa tesi è stata sostenuta anche da altri Autori (102), alcuni dei quali hanno oltretutto sottolineato che il «fatto» deve essere inteso come «inadempimento contrattuale» (103).

La giurisprudenza si è orientata, in senso prevalente, a utilizzare la nozione di «fatto giuridico», che, tra l'altro, è espressamente contenuta, seppure come *obiter dictum*, in una pronuncia della Cassazione, riferita

(102) Tra cui F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 496; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 248; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav. Ratio e aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, pp. 793 ss.; L. Zoppoli, *Flex-insecurity. La riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli, 2012, p. 136. Per l'indicazione analitica degli Autori, oltre a quelli da me qui citati o considerati negli scritti indicati nella nota precedente, rinvio a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 181/2013, <http://www.csdl.lex.unict.it>, 2013, pp. 24-25, note 99 e 100, a cui vanno aggiunti M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 31 ss.; R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, pp. 21 ss.; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 291 ss. C. Cester [La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 32 ss.] propone una «mediazione» tra le due tesi (fatto materiale/giuridico). Tuttavia l'Autore ritiene che il «fatto contestato» vada definito come «comportamento» che includa «una soglia minima di antigiusuridicità oggettiva». Il che significa tornare al «fatto giuridico».

(103) Vd., ad es., R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 21; F. Carinci, *op. ult. cit.*, p. 496; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale Aidlass, «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012, p. 1059; M. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 248; V. Nuzzo, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, pp. 63-64; A. Perulli, *op. ult. cit.*, pp. 794-795; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1080; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, p. 233; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*, in L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 282-283; P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 160; L. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 136. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a M. Biasi, *op. ult. cit.*, p. 25, nota 99.

alla inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto di procedimenti in corso al momento di entrata in vigore della riforma (18 luglio 2012) (104).

Tra le ordinanze si segnala in particolare Trib. Bologna 15 ottobre 2012, secondo la quale «la fattispecie inerente la cd. “insussistenza del fatto contestato”» va interpretata come «fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell’*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l’elemento soggettivo». D’altra parte, «l’insussistenza» non può essere letta come se essa «facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell’ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell’esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l’aspetto materiale e oggettivo, ma privi dell’elemento psicologico, o addirittura privi dell’elemento della coscienza e volontà dell’azione» (105). In senso del tutto analogo si è espresso il Tribunale di Taranto del 3 giugno 2013, secondo il quale «il “fatto contestato” [deve] intendersi non come “fatto materiale”, ma come “fatto giuridico” [...], cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile colposa, dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all’art. 2106 cod. civ. [...], dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinarmente rilevante o astrattamente punibile con il licenziamento». Tra l’altro l’ordinanza sottolinea come la tesi contraria potrebbe condurre al paradosso «che anche una condotta del tutto lecita, nient’affatto ina-

(104) Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, che, in motivazione, rileva come «con la legge n. 92 del 2012, è stata introdotta una nuova, complessa e articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo».

(105) Trib. Bologna 15 ottobre 2012 – giudice Marchesini – (proc. n. 2631/2012, *Catalano Piero c. Atla Srl*), p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» [F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore e il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna 15 ottobre 2012, ord.)]. Cfr. il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in *www.csdle.lex.unict.it* (di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, I, 2014, n. 4-5), 2012, p. 7.

dempiente, o addirittura doverosa del lavoratore, se sussistente, perché effettivamente posta in essere dal lavoratore, dovrebbe *ex se* giustificare il licenziamento disciplinare, posto che l'illegittimità di quest'ultimo predicherebbe (solo) la materiale insussistenza della condotta» (106).

Analoghe considerazioni sono contenute in Tribunale di Palmi del 24 aprile 2013, che rileva come «il testo della norma discorre non semplicemente di “fatto”, ma di “fatto contestato”. E ciò che viene contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. E tale valenza disciplinare non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche di contesto oltre che a quelle intrinseche della condotta» (107). Sulla stessa linea si muovono il Tribunale di Ravenna del 18 marzo 2013 (108), il Tribunale di Roma del 4 aprile 2013 (109), il Tribunale di Trieste del 15 aprile 2013 (110), il Tribunale di Milano del 30 gennaio 2013 – giudice Gasparini –, il Tribunale di Messina del 25 marzo 2013

(106) Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2012). La decisione utilizza molte delle argomentazioni da me espresse negli scritti in precedenza citati.

(107) Trib. Palmi 24 aprile 2013 – giudice Sapone – (r.g. n. 56/2013), il quale prosegue che «non esiste, in un contesto in cui si controverte sulla legittimità di un licenziamento disciplinare, neutralità e purezza del dato empirico; non si dà un dato puramente fenomenologico impermeabile a qualsivoglia profilo valutativo. È un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui quella di porsi alla ricerca di fatti da cogliere nella loro nuda storicità, decontestualizzati e depurati da qualsivoglia prospettiva valutativa». Il riferimento al «fatto contestato» e non al semplice «fatto» era stato da me sottolineato [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 333] ed è particolarmente valorizzato da R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 21, da F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 1116, da M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 31, e da C. Cester, *op. ult. cit.*, p. 32.

(108) Secondo il quale «da nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge e il Ccnl). E per fatto occorre intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione)...» – giudice Rivero.

(109) L'ordinanza – giudice Cosentino – (r.g. n. 39795/2012) riproduce le stesse identiche parole del Tribunale di Ravenna citato nella nota precedente.

(110) Giudice Multari – (r.g. n. 941/2012).

(111), la Corte d'Appello di Milano del 28 ottobre 2013 (112) e molte altre (113).

Mi sembra che le argomentazioni descritte siano difficilmente superabili. Il «fatto» nella sua componente esclusivamente oggettiva può assumere rilievo nei casi in cui il lavoratore non ha materialmente compiuto l'azione o l'omissione oppure non ha causato l'evento. Quando, al contrario, esso sia riconducibile al soggetto destinatario della contestazione, in linea generale dovrà essere considerato nella sua dimensione complessiva di «fatto disciplinarmente rilevante», inclusivo quindi della imputabilità e dell'elemento soggettivo considerato in tutti i suoi aspetti (114).

6. — *Il licenziamento disciplinare* — La previsione di diversi regimi sanzionatori per il licenziamento disciplinare costituisce indubbiamente uno degli aspetti più complessi della nuova disciplina. La legge, infatti, prevede la «reintegra attenuata» nel caso della «insussistenza del fatto contestato» o qualora esso sia riconducibile a una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo. Mentre nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno.

Sgombrato il campo da una lettura della «insussistenza del fatto» riferita esclusivamente agli elementi oggettivi, ho proposto un'interpre-

(111) Giudice Di Bella – (r.g. n. 6182/2013).

(112) Giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013), in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

(113) Si vedano, ad esempio, Trib. Milano 18 dicembre 2012 – giudice Scarsella – (r.g. n. 12733/2012); Trib. Ancona 26 novembre 2012 – giudice Sbrano –; Trib. Trento 29 gennaio 2013 – giudice Flaim – (r.g. n. 564/2012); Trib. Milano 27 marzo 2013 – giudice Cipolla –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, e le altre citate da M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antonaw»*, IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 26-28.

(114) Cfr., ad es., Trib. Trento 29 gennaio 2013 – giudice Flaim – (r.g. n. 564/2012) che, in base a una valutazione delle prove documentali e testimoniali, ritiene plausibili le giustificazioni del lavoratore e sostiene che il fatto contestato (essersi assentato dal lavoro per ferie pur senza autorizzazione al godimento del periodo di riposo) in verità doveva ritenersi «insussistente» non nella sua componente oggettiva ma in considerazione di tutti gli elementi che avevano qualificato il suo comportamento. Pertanto il giudice ha applicato la tutela di cui all'art. 18, comma 4, legge n. 300/1970. In senso analogo Trib. Messina 25 marzo 2013 – giudice Di Bella – (r.g. n. 6182/2012), che ritiene i fatti esistenti dal punto di vista materiale, ma tali da non configurare la violazione dell'art. 2104 cod. civ.

tazione che gradua il sistema sanzionatorio in base a un giudizio di proporzionalità svolto anche alla luce dell'art. 2106 cod. civ. Questa disposizione, infatti, anche se eliminata dal testo finale della riforma (che originariamente l'aveva espressamente contemplata), non è stata certamente abrogata e costituisce un criterio fondamentale di commisurazione della sanzione al comportamento attribuito al lavoratore. Tra l'altro ho osservato che la reintegra opera *anche* quando il contratto collettivo stabilisce, per quel fatto, una sanzione conservativa. Il giudice, quindi, anche se attraverso il «filtro» dell'autonomia collettiva, deve comunque valutare la gravità dell'addebito. E questo anche considerando che in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente una specifica sanzione connessa a un determinato comportamento, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare deve essere applicato per la medesima azione/omissione e sempre in proporzione alla sua gravità (115). D'altra parte, in presenza delle nozioni di g. causa e g. motivo soggettivo (rimaste immutate), necessariamente il giudice deve verificare se «il fatto contestato» sia di rilievo tale da essere ricondotto a queste nozioni legali, con un giudizio che implica una valutazione della adeguatezza del rapporto tra comportamento e sanzione.

Inoltre, ho sostenuto che il criterio della proporzionalità deve essere applicato anche nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere

(115) Ho criticato la tesi secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi solo quando vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 335-336].

vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge (116).

In sostanza, mi sembra che il giudice è chiamato a una valutazione complessa articolabile in più «gradi». In primo luogo deve verificare se il fatto contestato sia concretamente attribuibile al lavoratore, applicando in caso contrario la reintegra (117). Poi è necessario controllare se il comportamento contestato sia punibile con una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo e, in caso di risposta affermativa, accertare la illegittimità del recesso e ordinare la reintegrazione. Ad analoghe conseguenze si dovrebbe giungere qualora il fatto, pur non espressamente punibile con una multa o una sospensione secondo il contratto collettivo, abbia una gravità tale da meritare soltanto queste tipologie di provvedimenti disciplinari.

Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato (118).

(116) È come se, ferme restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della legge n. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 cod. civ. o all'art. 3 della legge n. 604/1966.

(117) S'immagini la situazione in cui si accerti che il dipendente non ha commesso il fatto o che le sue conseguenze siano completamente indipendenti dalla sua volontà.

(118) Le tesi indicate nel testo sono state espresse in modo più analitico e approfondito in V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 550 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P.

L'interpretazione da me proposta è stata variamente criticata (119), ma ha anche trovato in parte significativi consensi (120). L'analisi della giurisprudenza di merito mi sembra confermare alcune delle proposte interpretative da me avanzate.

Vi sono alcune sentenze che ricostruiscono la nuova disciplina dell'art. 18 in piena coerenza con quanto da me prospettato, in rapporto al principio di proporzionalità, al criterio con cui distinguere sanzione reintegratoria e quella risarcitoria, al ruolo dell'autonomia collettiva ecc. Il Tribunale di Taranto (121), ad esempio, sostiene che «la formula dell'«insussistenza del fatto contestato», cui consegue la tutela reintegratoria [è] riferita all'ipotesi in cui il fatto «giuridico» (disciplinarmente rilevante) è risultato inesistente in modo assoluto, a quello in cui è emerso che il lavoratore non lo ha commesso o non è stata raggiunta una sufficiente prova che lo abbia commesso nonché, ancora, alla ipotesi in cui il fatto contestato, sussistente o meno, postuli secondo il contratto collettivo una sanzione conservativa. La tutela risarcitoria va applicata, invece, quando il «fatto giuridico» (disciplinarmente rilevante) sussiste (nella sua materialità e consapevolezza soggettiva), ma non viene rite-

Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 331 ss.

(119) Oltre Autori da me indicati in V. Speciale, *op. ult. cit.*, pp. 328 ss., si vedano, senza alcuna pretesa di completezza: R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 26 ss.; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, pp. 119 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 5 ss.; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1080 ss.; M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 1059 (anche se questa Autrice concorda con una parte delle mie tesi).

(120) Tra questi, ad esempio, F. Carinci, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 493 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 233-234; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 291 ss. (pur con qualche distinzione); O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 248 ss.

(121) Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2013).

nuto tale da concretizzare la giusta causa o giustificato motivo soggettivo» (p. 15). Inoltre, «in assenza di codice disciplinare e in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni occorre nondimeno ipotizzare una scala simile (a opera del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)» (pp. 9-10). Infine, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore «occorrerà ponderare adeguatamente la colpa [...], graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, sì da fondare un licenziamento con preavviso e indennità risarcitoria» (p. 12).

Il Tribunale di Ravenna (122) sottolinea che quando il comportamento addebitato al lavoratore sia di lieve entità, la mancanza di giusta causa o giustificato motivo comporta l'applicazione della reintegra in base «alla perdurante applicazione del principio di proporzionalità, che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia» (p. 12). Infatti, «va considerato come la stessa previsione di legge, prescrivendo che dinanzi a un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, rende evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela. Per disposizione della legge quindi il giudice applica la reintegra quando il fatto tipico è punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari). È corretto inoltre ritenere che lo stesso criterio, per identità di *ratio*, il giudice debba applicare quando il fatto tipico esista ma non sia in concreto grave in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione va commisurata (come qui si ritiene) all'entità del fatto e non alla colpa del datore» (pp. 12-13).

(122) Giudice Rivero – 18 marzo 2013.

Il Tribunale di Roma (123) conferma questa interpretazione (utilizzando le medesime parole del Tribunale di Ravenna). L'ordinanza, in base al principio di proporzionalità «che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia» (p. 4), ribadisce che se il comportamento contestato non è tale da integrare una giusta causa e si tratta di un «fatto lieve» (anche se non previsto dal contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa) occorre applicare la reintegrazione (pp. 4-5). Il Tribunale di Bologna del 24 luglio 2013 (124) sottolinea: se «la mancanza contestata sia un ritardo di 10 minuti e il datore provi la sussistenza del fatto a carico del lavoratore, potrà essere sempre disposta la reintegrazione trattandosi di un inadempimento di scarsa rilevanza, che non consente il recesso alla parte datoriale, ancorché con il pagamento della penale prevista dalla legge; o, in altri termini, non essendo possibile configurare un'ipotesi astratta di giusta causa o di giustificato motivo» (p. 4) (125).

Una parte consistente di decisioni, a dire il vero, ribadisce la necessaria applicazione dell'art. 2106 cod. civ. (126) e del principio di proporzionalità come elemento per valutare la sussistenza o meno della causa giustificativa del recesso e per «graduare» la sanzione tra «reintegra attenuata» o «indennità risarcitoria forte» (127). Le ordinanze, ovvia-

(123) 4 aprile 2013 – giudice Maria Giulia Cosentino – (r.g. n. 39795/2012).

(124) Giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

(125) La sentenza prosegue affermando che «in sintesi la tutela reintegratoria e risarcitoria cd. debole dovrebbe trovare applicazione quando il datore di lavoro non provi il fatto contestato e l'imputabilità del fatto al lavoratore oppure quando sussista una causa di esclusione dell'inadempimento del prestatore di lavoro; e, altresì, quando il fatto come ricostruito sia punito dalla contrattazione collettiva con una sanzione disciplinare conservativa o, comunque, non rientri nella nozione legale di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo. Qualora, invece, il licenziamento venga considerato illegittimo per difetto di adeguatezza e di proporzionalità della sanzione inflitta, cioè si sia comunque in presenza di un inadempimento di non scarsa rilevanza, trova, infine, applicazione la sola tutela risarcitoria» (p. 4). Mi sembra che la sentenza si muova nell'ambito della interpretazione da me proposta (pur con qualche differenza).

(126) Trib. Roma 14 gennaio 2013 – giudice Valle – (r.g. n. 35289/2012) fa espressamente riferimento alla disposizione del codice civile. In senso analogo Trib. Ravenna citata nel testo, p. 12.

(127) Oltre alle due sentenze citate nella nota precedente, cfr. Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012); Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –; Trib. Milano 16 aprile 2013 – giudice Porcelli – (r.g. n.

mente, arrivano a conclusioni diverse in relazione al regime degli effetti applicabile. Esse tuttavia dimostrano come molti giudici ritengano che le sanzioni connesse al nuovo art. 18 non possono essere selezionate alla luce della sola esistenza materiale del fatto o della sua inclusione nelle sanzioni conservative da parte della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari, ma richiedano un giudizio più complesso. Alcune di esse, inoltre, arrivano ad applicare la «reintegra attenuata» anche in considerazione della riconducibilità del fatto tra le ipotesi per le quali i contratti collettivi prevedono sospensioni o multe (128). Comunque esse si fondano sempre su una valutazione della gravità dei comportamenti e della proporzionalità della sanzione (129).

Un'altra osservazione che è possibile dedurre dall'analisi delle decisioni dei giudici di merito è l'utilizzazione estensiva dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi. In tale ambito le pronunce usano i Ccnl per escludere la giusta causa e applicare la reintegra perché i comportamenti sono ricompresi tra le sanzioni conservative (130). Oppure

2894/2013): su queste decisioni si rinvia a M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, pp. 32-33. Si vedano anche Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi –, Trib. Ancona 31 marzo 2013 – giudice Sbanò –, Trib. Taranto 3 giugno 2013 – giudice Magazzino – (r.g. n. 1450/2013); Trib. Genova 6 maggio 2013 – giudice Scotto –, Trib. Genova 14 maggio 2013 – giudice Scotto –, Trib. Roma 4 aprile 2013 – giudice Cosentino – (r.g. n. 39795/2012), Trib. Bologna 22 marzo 2013 – giudice Sorgi.

(128) È questo il caso, ad esempio, del Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012); Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –, Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

(129) Cfr., ad es., Corte d'App. Milano 28 ottobre 2013 – giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013), in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php; Trib. Milano 23 aprile 2013 – giudice Porcelli –, *ivi*.

(130) Oltre alle sentenze citate nella nota 128, cfr. Trib. Bologna 15 ottobre 2012 – giudice Marchesini – (r.g. n. 2631/2012), Corte d'App. Bologna 23 aprile 2013, n. 604 (in *Guida lav.*, 2013, n. 20, p. 80, e che conferma Trib. Bologna 15 ottobre 2012); Trib. Bologna 25 settembre 2012 – giudice Coco – (r.g. n. 2602/2102); Trib. Bologna 22 marzo 2013 – giudice Sorgi – (r.g. n. 3484/2012, che applica la tutela «indennitaria forte» perché si trattava di un socio di cooperativa escluso dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori); Trib. Ravenna 18 marzo 2013 – giudice Rivero –, *cit.*; Trib. Roma 18 aprile 2013 – giudice Leone – (r.g. n. 736/2013); Trib. Catania 19 aprile 2013 – giudice Fiorentino – (r.g. n. 11302/2012); Trib. Bergamo 4 aprile 2013 – giudice Bartoncini – (r.g. n. 68/2013); Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, p. 5.

perché, in negativo, il fatto contestato non è tra quelli per i quali il contratto collettivo prevede il licenziamento o per entrambe le ragioni (inclusione del comportamento tra i fatti per i quali è stabilita l'ammonezione, la multa o la sospensione e non tra le ipotesi di licenziamento disciplinare) (131). Tra l'altro le sanzioni conservative sono applicate sia quando il fatto contestato è riconducibile espressamente a un provvedimento disciplinare tipizzato, sia quando spetta al giudice graduare, al loro interno, quello che è ritenuto appropriato. In quest'ultimo caso si ritiene che l'inclusione tra i comportamenti che meritano una ammonizione, una multa o una sospensione sia di per sé sufficiente a escludere la ragione giustificativa del recesso (132).

La valorizzazione dell'autonomia collettiva è uno degli obiettivi perseguiti dalla riforma che intende reprimere «un grave abuso del potere di licenziamento per ragioni disciplinari, la cui gravità, tuttavia, non deriva soltanto dalla sproporzione della reazione disciplinare, cioè dalla mera circostanza della punibilità del fatto [...] con una sanzione conservativa, bensì dalla conoscenza e/o conoscibilità preventiva, da parte del datore di lavoro, di tale più ridotta punibilità sulla base delle previsioni dei contratti collettivi» (133). Le decisioni sopra indicate dimostrano che, almeno da questo

(131) Ad esempio, Trib. Milano 28 gennaio 2013 – giudice Lualdi – (r.g. n. 14796/2012) applica la «reintegra attenuata» perché il fatto non è previsto dal Ccnl come giusta causa di recesso. Trib. Roma 4 aprile 2013 – giudice Armone – (r.g. n. 32596/2012) assume la propria decisione in base a una approfondita analisi del Ccnl sia in relazione alle sanzioni conservative sia a quelle che legittimano il licenziamento. Lo stesso può dirsi per la reintegrazione disposta da Trib. Roma 18 aprile 2013 – giudice Leone – (r.g. n. 736/2013) e per le ordinanze del Trib. Catania 19 aprile 2013 – giudice Fiorentino – (r.g. n. 11302/2012); Trib. Bergamo 4 aprile 2013 – giudice Bartoncini – (r.g. n. 68/2013). Si vedano anche Trib. Ancona 31 gennaio 2013 – giudice Sbrano – e Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella. La Corte d'App. Milano 28 ottobre 2013 – giudice Bianchini – (r.g. n. 1400/2013, in M. Barbicri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacucieditore.it/pronunce.php) applica il risarcimento del danno nel caso di un comportamento non previsto dal Ccnl come sanzione conservativa o come giusta causa di recesso. Si veda anche Trib. Bologna 24 luglio 2013 – giudice Benassi –, che riconduce il fatto contestato alle sanzioni conservative del Ccnl e rileva come esso non sia ascrivibile alle ipotesi di giusta causa ivi previste.

(132) Queste ordinanze accolgono la tesi da me espressa secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi anche quando non vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni [V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 335-336].

(133) R. Del Punta, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, Milano, 2013, p. 23.

punto di vista, la nuova disciplina ha un impatto positivo, perché facilita il lavoro del giudice (e riduce la sua discrezionalità) tramite un riferimento costante ai contratti collettivi sia in positivo (il fatto è punito con una sanzione conservativa) sia in senso negativo (esso non è incluso tra le ipotesi di licenziamento). Una valorizzazione che può attribuire maggiore importanza anche a quella parte dei contratti non obbligatori per il giudice (che può solo «tenere conto» delle tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo) (134) e si spera possa sollecitare una revisione dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi, spingendo le parti sociali a redigerli in modo più dettagliato ed esaustivo.

Sempre in relazione alle regole disciplinari dei contratti collettivi, alcune ordinanze hanno ritenuto che i comportamenti contestati, pur non espressamente riconducibili alle sanzioni conservative contenute nei Ccnl, fossero a essi assimilabili per «analogia di gravità» (135) o perché comunque ritenuti analoghi a quelli ivi previsti (136). Questa giurisprudenza sembrerebbe dunque accogliere l'opzione interpretativa da me proposta al fine di evitare una irrazionale disparità di trattamento e la conseguente violazione del principio di eguaglianza. La mia tesi è stata criticata in quanto si è sostenuto che in questo caso il magistrato verrebbe a interpretare analogicamente il contratto collettivo, con una operazione vietata (137). In verità questa obiezione non può essere applicata alle sentenze che si stanno esaminando. Esse, infatti, utilizzano in molti casi tipologie molto estese di comportamenti disciplinari previsti dai contratti collettivi, come la commissione di «qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda» (138) o il caso di «condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla

(134) Art. 30, comma 3, legge n. 183/2010.

(135) Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012).

(136) Trib. Milano 20 marzo 2013 – giudice Scarzella –; Trib. Roma 14 gennaio 2013 – giudice Valle – (r.g. n. 35289/2012). Su queste sentenze si rinvia anche all'analisi di M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio promissorio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 181/2013, <http://www.csdle.lex.unict.it>, 2013, p. 32.

(137) R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 25, a cui si rinvia per l'indicazione degli Autori (tra i quali sono incluso) che appunto ritengono si tratterebbe di interpretazione analogica. Sul divieto di interpretazione analogica del contratto collettivo cfr. Cass. 23 dicembre 2002, n. 18294; Cass. 17 luglio 1995, n. 7763. In generale, sul tema, cfr. Aa.Vv., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2004; A. Guerra, *Il contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 669 ss.

(138) Trib. Milano 1° marzo 2013 – giudice Scarzella – (r.g. n. 14681/2012), che si riferisce a questa dizione del Ccnl di categoria.

disciplina e alla morale...». In queste ipotesi, quindi, vi è soltanto l'uso di formulazioni ampie dei contratti collettivi, che configurano delle «clausole generali» di individuazione di fatti disciplinarmente rilevanti non contemplati nelle altre esemplificazioni contrattuali. Qui, dunque, vi è applicazione diretta del contratto collettivo e non interpretazione estensiva o analogica.

Mi sembra, peraltro, che la mia proposta interpretativa (il giudice deve ordinare la reintegra quando il fatto contestato, pur non incluso tra le sanzioni conservative del contratto collettivo, ha una gravità equiparabile a quelle ivi previste) non possa essere assimilata alla interpretazione analogica. L'analogia, infatti, presuppone che vi sia una lacuna normativa e che essa venga risolta con l'applicazione di un'altra disciplina esistente per un'altra fattispecie espressamente regolata dalla legge (o dal contratto collettivo nel nostro caso). L'estensione presuppone che tra il caso regolato e quello non disciplinato vi sia una «sommiglianza rilevante», da intendersi come *ratio legis* (139). Nella situazione da me prospettata, non esiste una lacuna normativa. Il giudice è chiamato a valutare il comportamento del lavoratore in base a vari parametri normativi relativi alla giustificazione del recesso (artt. 2919 cod. civ. e art. 3, legge n. 604/1966), al principio di proporzionalità (art. 2106 cod. civ.) e al regime degli effetti applicabile (art. 18, comma 4, legge n. 300/1970). Il magistrato, dunque, opera con un normale giudizio di sussunzione senza dover colmare alcun «vuoto» giuridico. Il contratto collettivo, inoltre, non è esteso analogicamente a un caso diverso, ma opera semplicemente come parametro di riferimento della gravità del comportamento, per consentire al magistrato di comprendere se il fatto contestato possa essere assimilato, sotto il profilo della rilevanza e della responsabilità del lavoratore, a quelli previsti dal codice contrattuale. Si tratta di un procedimento simile (anche se non identico) a quello con cui il giudice, ai sensi dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099 cod. civ., utilizza il contratto collettivo come parametro del salario sufficiente anche per contratti di lavoro ai quali il Ccnl non sia direttamente applicabile. In queste ipotesi nessuno ha mai pensato che si fosse in presenza di una applicazione analogica del contratto collettivo.

(139) N. Bobbio, *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Utet, Torino, 1968, p. 603; Id., *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino, 1938; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 154 ss.; Cass. 11 aprile 1962, n. 699; Cass. 19 aprile 1961, n. 863, e molte altre.

Si è già detto come molte sentenze applicano la «reintegra attenuata» anche quando il fatto giuridico contestato è esistente ma è riconducibile alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo o, pur non incluso tra esse, ha una gravità equivalente ai comportamenti puniti con una multa o una sospensione. Altre, invece, arrivano alle stesse conclusioni in base a un criterio di proporzionalità, quando l'azione/omissione addebitata non è tale da giustificare una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento. Vi sono peraltro anche orientamenti diversi.

Alcune ordinanze, infatti, ritengono che la nuova disciplina «pare imporre uno sdoppiamento, sul piano funzionale, della verifica della legittimità del licenziamento rispetto alla successiva determinazione della sanzione eventualmente applicabile in caso di illegittimità del recesso. La prima operazione consta nella valutazione della idoneità del comportamento del dipendente a integrare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo alla stregua dei principi – non modificati dalla novella legislativa – enucleati, al riguardo, da una giurisprudenza ormai consolidata. In caso di accertata illegittimità del licenziamento, il giudice deve, poi, individuare la sanzione da adottarsi nel caso concreto, applicando i criteri descrittivi stabiliti dal novellato art. 18, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro (associata a una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi e precisamente quando “il fatto contestato non sussiste” e quando “il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti o dei codici disciplinari applicabili”. In tutte le “altre ipotesi”, secondo la nuova versione dell'art. 18, il lavoratore non ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto a un'indennità onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale» (140).

Queste pronunce giurisdizionali ritengono che, in base alla istruttoria, i comportamenti contestati al lavoratore sono sussistenti e ascrivibili alla sua responsabilità (alla luce del principio del «fatto giuridico»). Essi, tuttavia, non hanno una gravità tale da configurare una giusta causa o giustificato motivo di recesso, né sono riconducibili alle sanzioni con-

(140) Trib. Genova 14 maggio 2013 – giudice Scotto. Questo «sdoppiamento» di indagini era stato proposto da A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 435 ss., e accolto da R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.

servative previste dal contratto collettivo. Pertanto, la sanzione applicabile è l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18, con un risarcimento che viene graduato in base ai criteri previsti dalla legge (141). Tale giurisprudenza, dunque, pur applicando il principio di proporzionalità, ritiene che la sussistenza del «fatto giuridico» e l'impossibilità di applicare una multa o una sospensione determinino *necessariamente*, in assenza di una legittima causa di recesso, l'applicazione del risarcimento del danno. Le decisioni descritte non ritengono opportuno verificare se, pur non contemplato espressamente tra le sanzioni conservative, il fatto possa meritare, ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., analoga sanzione. Esse inoltre non legano il risarcimento al fatto che il comportamento ha una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe una sanzione conservativa e quella che legittimerebbe il recesso.

Questa ricostruzione, che non condivido, è peraltro indicativa di un possibile sviluppo interpretativo della giurisprudenza, che non è dato sapere se e in che misura verrà a consolidarsi. Si può constatare che, nel momento in cui si scrive, la giurisprudenza sembra orientata in misura prevalente a seguire il diverso orientamento prima descritto, anche alla luce dell'utilizzazione estensiva dei contratti collettivi. Tra l'altro i codici contrattuali vengono ulteriormente valorizzati da quelle decisioni che ne analizzano il rilievo dal punto di vista processuale. È questo il caso, ad esempio, del Tribunale di Milano del 16 aprile 2013 (142) che ha condannato la società a corrispondere al lavoratore l'indennità risarcitoria di cui al comma 5 dell'art. 18 perché il dipendente non ha «allegato e prodotto le disposizioni del Ccnl o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa» (143). Mentre il Tribunale di Milano del 28 dicembre 2012 (144) riconosce il risarcimento del danno anche perché «la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente».

(141) Oltre a Trib. Genova 14 maggio 2013, cit., cfr. Trib. Voghera 14 marzo 2013 – giudice Dossi – (r.g. n. 1/2013); Trib. Milano, 23 aprile 2013 – giudice Porcelli –; Trib. Milano 28 dicembre 2012 – giudice Cipolla – (r.g. n. 13537/2012).

(142) Giudice Porcelli – (r.g. n. 2894/2013).

(143) In senso contrario Trib. Bologna 25 settembre 2012 – giudice Coco – (r.g. n. 2602/2012), che ha invece acquisito d'ufficio il testo del contratto collettivo per verificare a quale sanzione disciplinare potesse essere ricondotto il «fatto».

(144) Giudice Cipolla – (r.g. n. 13537/2012).

Il Tribunale di Milano del 27 aprile 2013 (145) afferma che la violazione del principio dell'immediatezza del recesso attiene a un profilo sostanziale di ingiustificatezza del licenziamento che esclude la sua legittimità (146). Tuttavia il giudice, poiché ritiene che il fatto «nella sua dimensione oggettiva e soggettiva» sussiste, applica l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18. Altre sentenze, invece, ritengono che la tardività della contestazione disciplinare va considerata come un vizio meramente formale, a cui consegue il regime risarcitorio previsto dal comma 6 dell'art. 18 (147). In realtà mi sembra indiscutibile che i ritardi nella contestazione e nella irrogazione del recesso, salvo nei casi in cui sono giustificati da ragioni di approfondimento istruttorio o di carenza di informazioni, esprimono in modo indiscutibile una autovalutazione del valore del comportamento addebitato. In sostanza, il datore di lavoro – non reagendo tempestivamente – ritiene che il fatto

(145) Giudice Cipolla – in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

(146) Viene quindi accolta la tesi, prospettata in dottrina, secondo cui questo vizio non può essere ascritto alle violazioni procedurali del licenziamento represso esclusivamente con il risarcimento del danno in misura ridotta. Si rinvia, sul punto, a R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, p. 305.

(147) Il Tribunale di Ancona del 26 novembre 2012 – giudice Sbanò –, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php, afferma che «la mancanza di tempestività della contestazione, costituendo un vizio della procedura di contestazione prevista dall'art. 7 Stat. lav. dovrebbe trovare la propria regolamentazione all'interno del comma 6 del nuovo art. 18 che, in caso di accertata violazione della procedura *de quo*, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Viene, tuttavia, fatta salva l'ipotesi in cui il giudice accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso troveranno applicazione le tutele di cui ai commi 4, 5 o 7». Nel caso concreto il magistrato ritiene che si tratti di un'ipotesi di insussistenza del fatto e quindi ordina la reintegra. Tuttavia il giudice sembra ricondurre la violazione del principio dell'immediatezza nell'ambito della tutela risarcitoria per i vizi procedurali. In senso analogo Trib. Santa Maria Capua Vetere del 2 aprile 2013 – giudice Cervelli – (in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 213 ss.), che, in una ipotesi di tardività della contestazione disciplinare anche alla luce della procedura prevista da Ccnl, applica «le conseguenze sanzionatorie dettate dall'art. 18, comma 6, Stat. lav...» (p. 214).

non è di per sé tale da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto e, quindi, non configuri una giusta causa. Pertanto la violazione dei principi di immediatezza necessariamente si riflette sulla inesistenza sostanziale dalla causale e non può essere ascritta a una semplice violazione procedurale (148). Ne dovrebbe, inoltre, derivare l'applicazione della «reintegra attenuata» perché è lo stesso atteggiamento del datore di lavoro a rivelare che egli ritiene che il «fatto contestato» è «insussistente» sotto il profilo materiale o della stessa gravità della lesione del vincolo fiduciario, con applicazione, quindi, della sanzione più forte (149).

Una menzione particolare merita il Tribunale di Trieste del 15 aprile 2013 (150). La sentenza, infatti, ritiene che il lavoratore abbia commesso il fatto giuridico contestato e che esso consista in una «violazione tipizzata dalle norme collettive con una condotta sanzionabile con il recesso», senza possibilità di applicare una sanzione conservativa. Tuttavia il magistrato ritiene che vi siano «circostanze attenuanti». Con la conseguenza che, in una «valutazione anche della proporzione della sanzione applicata rispetto alla condotta», il licenziamento doveva considerarsi ingiustificato, «ma le sue conseguenze non possono essere quelle della tutela derivante dal suo annullamento, bensì quelle attenuate di cui al comma 5 dell'art. 18 novellato, cit., del mero risarcimento del danno da un minimo di 12 mensilità a un massimo di 24». L'ordinanza sembra confermare la tesi della «gravità intermedia» del fatto tra quello che meriterebbe una multa o una sospensione e quello tale da legittimare la giusta causa di recesso.

(148) In tal senso, C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2013, pp. 267 ss. e 270; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *op. ult. cit.*, p. 46; R. Galardi, *op. ult. cit.*, p. 305.

(149) Così anche M. Barbieri, *op. ult. cit.*, p. 46; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2012, p. 633; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 454; R. Galardi, *op. ult. cit.*, p. 295. *Contra*, C. Pisani, *op. ult. cit.*, p. 270; M. Tremolada, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa*, in C. Cester (a cura di), *Il licenziamento dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 130. O. Mazzotta [*I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Utet, Torino, 2013, pp. 250-251] esclude la possibile applicazione della tutela indennitaria e di quella risarcitoria, ritenendo che «una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca nel motivo illecito», con conseguente applicazione dell'art. 18, comma 1.

(150) Giudice Multari – (r.g. n. 941/2012).

ABSTRACT

Il saggio analizza la «colonizzazione» del diritto del lavoro da parte dell'Economia. Tutte le riforme in materia di lavoro sono giustificate dal raggiungimento di obiettivi economici (efficienza, crescita dei livelli occupazionali, competitività dell'impresa), senza considerare la specifica «essenza» di questo diritto (la protezione del lavoratore e la garanzia dei suoi diritti fondamentali). Inoltre, le riforme in questo campo non hanno ottenuto i risultati economici promessi anche perché l'Economia è diventata una scienza puramente teorica, priva di riscontri empirici e fortemente distaccata dalla realtà. Lo studio analizza quindi la giurisprudenza sui licenziamenti individuali dopo la riforma introdotta nel 2012. In particolare, lo studio si concentra sulle decisioni relative ad alcune specifiche questioni (fatto «giuridico» e fatto «materiale», licenziamento disciplinare, licenziamento economico, violazioni di forma e procedura, lavoro pubblico). Tenendo conto che il testo della nuova legge è caratterizzato da un certo livello di ambiguità, il saggio mette in evidenza che la giurisprudenza ha sino a ora rifiutato le teorie più radicali espresse dalla dottrina e ha scelto un approccio interpretativo intermedio. La nuova legge si propone di introdurre un più elevato livello di flessibilità nei licenziamenti individuali e i giudici seguono questa linea di tendenza. Tuttavia la reintegrazione – che, secondo alcune teorie, avrebbe dovuto essere applicata in misura molto inferiore rispetto al risarcimento del danno – gioca ancora un ruolo essenziale. La riforma ha certamente introdotto una maggiore flessibilità senza peraltro relegare la reintegra nel posto di lavoro a una sanzione residuale.

THE INDIVIDUAL DISMISSALS REFORM: A CRITICAL APPROACH

The essay analyzes the «colonization» of Labour Law by Economics. All the reforms in the Labour Law field are justified by the reaching of some economic targets (efficiency, growth of employment, company competitiveness), without considering the specific «essence» of the matter (the protection of the worker and the guarantee of his fundamental rights). In addition, the Labour Law reforms are very far from getting the economic results they promised, also because Economics has become a theoretical science, without empirical foundation and with a growing detachment from reality. Then the study examines the jurisprudence on individual dismissals after the reform enacted in 2012. In particular, the essay focuses on decisions regarding some specific topics («juridical» and «real» fact; disciplinary dismissals; economic dismissals; breach of procedures; dismissals in public employment). Considering that the text of the new law is characterized by a certain level of ambiguity, the study points out that the jurisprudence until now has refused the more radical theories and has chosen an intermediate approach. The new legislation aimed to introduce more flexibility in individual dismissals and the judges followed this path. However, the reinstatement – which, according to some theories, should have become a secondary form of protection compared to the damage compensation – still plays an essential role. The reform has surely introduced more flexibility in individual dismissals, without relegating reinstatement to an exceptional form of job employment protection.

NOTE E COMMENTI

Rita Cavaterra (*)

PENSIONI: I DIRITTI NEGATI

SOMMARIO: 1. Le manovre del governo Berlusconi: la legge n. 122/2010, la legge n. 11/2011, la legge n. 138/2011. — 2. La manovra Monti-Fornero. — 3. Le proposte della Cgil.

Le manovre Berlusconi e Monti sulle pensioni hanno cancellato i diritti delle persone, hanno creato un clima di sfiducia e di incertezza sul futuro, hanno rotto il patto sociale che era stato sottoscritto tra i lavoratori e lo Stato. Le manovre hanno penalizzato tutti: giovani, donne, lavoratrici e lavoratori, pensionate e pensionati.

Le manovre fatte nel triennio 2010-2012 hanno reso il nostro sistema pensionistico estremamente rigido e iniquo. Siamo l'unico paese in Europa ad avere un'età pensionabile così alta e l'obiettivo è stato raggiunto senza alcuna gradualità.

La Fornero disse che la manovra era stata fatta per dare un futuro pensionistico ai giovani: ma quale futuro pensionistico si può avere se non c'è il lavoro e la qualità del lavoro? Il combinato disposto tra la «riforma» delle pensioni e «la riforma» del mercato del lavoro fatte dalla Fornero ha creato un grandissimo disagio sociale, con i lavoratori «anziani» che sono costretti a restare al lavoro e i giovani che non possono essere assunti e vivono di lavoro precario. Il disagio è vissuto anche dalle imprese che non sanno dove collocare i lavoratori «anziani» e non possono sostituirli con i giovani.

La manovra Monti-Fornero ha creato l'emergenza sociale dei lavoratori «esodati»; emergenza che rischia di essere di carattere strutturale visto che la crisi persiste e le imprese continuano con i processi di esuberanza dei lavoratori «anziani», che rischiano di rimanere senza lavoro, con ammortizzatori sociali ridotti e senza pensione.

La manovra ha, inoltre, prodotto un altro effetto devastante: quello di non rendere esigibili i diritti previdenziali a fronte dei nuovi e più restrittivi requisiti e della situazione del mercato del lavoro, con il rischio

(*) Responsabile politiche previdenziali Cgil nazionale.

per i giovani, per le donne e per i lavoratori saltuari, precari, discontinui e parasubordinati di raggiungere il diritto a pensione ben oltre i 70 anni di età e di avere prestazioni inadeguate.

Le manovre fatte sono socialmente insostenibili.

1. — *Le manovre del governo Berlusconi: la legge n. 122/2010, la legge n. 11/2011, la legge n. 138/2011* — La legge n. 122 del 2010 ha inferto un durissimo colpo al nostro sistema previdenziale: ha previsto per tutti i lavoratori le finestre a scorrimento ai fini della decorrenza della pensione; ha previsto l'aumento dell'età pensionabile delle donne del pubblico impiego; ha cancellato la possibilità di trasferire gratuitamente la contribuzione versata presso un altro fondo all'Inps e ha reso la ricongiunzione onerosa; ha previsto l'aumento dell'età pensionabile legata all'incremento della speranza di vita senza porre alcun limite.

Si ricorda che le finestre sono di un anno per i lavoratori dipendenti e di 18 mesi per gli autonomi e i lavoratori parasubordinati, e che 18 mesi sono necessari anche in caso di totalizzazione dei contributi anche se si cumulano soltanto periodi di lavoro dipendente! Le finestre si applicano anche a chi matura i 40 anni di contribuzione.

Le finestre si applicano a tutti i regimi pensionistici, con esclusione solo del settore della scuola e dei lavoratori per i quali al raggiungimento del limite di età previsto per il pensionamento viene meno il titolo abilitante per la mansione svolta.

Con la legge n. 122 è stato previsto il repentino aumento dell'età pensionabile a 65 anni per le donne dipendenti del pubblico impiego, a decorrere dal 1° gennaio 2012. L'età pensionabile delle donne passa in un sol colpo da 61 a 65 anni; in più si applica la finestra mobile e l'aumento relativo alla speranza di vita.

Il provvedimento preso nei confronti delle donne del pubblico impiego risulta particolarmente aberrante e iniquo: la parità, infatti, non inizia con la parificazione dell'età pensionabile tra uomini e donne; la parità deve prima essere costruita in tutti gli altri settori, a cominciare dall'accesso e dalla qualità del lavoro, dalle pari retribuzioni (che adesso pari non sono), dal potenziamento dei servizi sociali, che invece con la stessa manovra sono stati ulteriormente ridotti, facendo di nuovo ricadere come sempre tutto il peso del lavoro di cura solo sulle spalle delle lavoratrici.

Viene previsto, a decorrere dal 1° gennaio 2015, un aumento dell'età pensionabile legato alla speranza di vita che si applica sia ai fini del diritto alla pensione di vecchiaia, sia ai fini del diritto alla pensione di anzianità, sia ai fini del diritto all'assegno sociale. L'aumento continuerà nel tempo.

Per impedire alle donne dipendenti del pubblico impiego di andare in pensione prima, scegliendo di dimettersi volontariamente e di trasferire gratuitamente la propria posizione assicurativa all'Inps, il governo Berlusconi ha deciso, a decorrere dal 1° luglio 2010, di rendere onerosa per tutti (lavoratrici e lavoratori) la ricongiunzione effettuata ai sensi dell'art. 1 della legge n. 29 del 1979 fino ad allora gratuita.

Sono stati abrogati, inoltre, a decorrere dal 31 luglio 2010 (data di entrata in vigore della legge n. 122/2010), tutti gli articoli che prevedevano il trasferimento della contribuzione all'Inps gratuitamente: legge n. 322 del 1958 (costituzione della posizione assicurativa all'Inps); articolo 3, comma 14, decreto legislativo n. 562/1996 (Fondo di previdenza per gli elettrici); articolo 28 della legge n. 1450 del 1956 (fondo di previdenza per i telefonici); articolo 40 della legge n. 1646 del 1962 (personale dipendente amministrazioni statali, anche con ordinamento autonomo, personale iscritto agli Istituti di previdenza ora Inpdap, personale iscritto all'Ipost); l'articolo 124 del d.P.R. n. 1092 del 1973 (dipendenti civili statali, militari in servizio permanente e continuativo); l'articolo 21, comma 4, e l'articolo 40, comma 3, della legge n. 958 del 1986 (carabinieri, graduati e militari di truppa, sergenti di complemento).

Trattasi di norme di particolare gravità che limitano fortemente i diritti delle lavoratrici e dei lavoratori, che mirano soltanto a fare cassa e che non tengono conto della situazione attuale del mercato del lavoro. Non ci si dica che esiste la totalizzazione, che risolve tutti problemi, perché per poter cumulare i contributi ai fini del diritto a un'unica pensione nel 2010 era necessario avere almeno tre anni di contribuzione versata in ogni singola gestione o fondo, altrimenti la totalizzazione non si poteva fare. Con la legge n. 214 del 2011 (la manovra Monti-Fornero) il vincolo dei tre anni è stato eliminato, ma la totalizzazione continua a essere possibile solo a determinate condizioni; il calcolo della pensione totalizzata viene fatto tutto con il sistema contributivo (a meno che in una gestione non si maturi il diritto autonomo alla pensione); continua ad applicarsi sempre la finestra mobile di 18 mesi (anche se il cumulo riguarda solo periodi di lavoro dipendente). Ci troviamo quindi in presenza di lavoratrici e lavoratori che non potranno avvalersi della totalizzazione e che saranno costretti a pagare (tanto) per poter utilizzare la contribuzione che comunque hanno già versato o che saranno costretti dai costi a rinunciare alla valorizzazione di quella contribuzione ai fini pensionistici. Tenuto conto che nelle gestioni pensionistiche diverse dall'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'Inps non esiste neanche il diritto alla pensione supplementare, è del tutto evidente come la nuova normativa prevista

dalla legge n. 122 del 2010 sia pesantemente lesiva dei diritti, sia assolutamente sconsiderata rispetto alle altre norme vigenti, sia devastatrice di una parte finora ritenuta fondamentale del nostro sistema previdenziale.

In un suo intervento sul *Corriere della Sera* del 15 febbraio 2012 e anche nell'incontro del 22 maggio 2012 con Cgil Cisl Uil e Ugl sulle questioni dei lavoratori cosiddetti «esodati» e sulle ricongiunzioni onerose, l'allora ministro Fornero affermò che la legge n. 122 del 2010 aveva risposto a un principio di equità e che il fatto che tante lavoratrici e tanti lavoratori debbano pagare delle somme esorbitanti per poter maturare il diritto a pensione risponde all'esigenza di eliminare un privilegio.

Per la Cgil le cose non stanno così.

Nel cercare di tracciare la storia della legge sulla ricongiunzione – legge che risale al 1979 – il ministro Fornero ha sempre dimenticato di parlare dell'abrogazione della legge n. 322 del 1958. Questa legge è stata fino alla sua cancellazione uno dei maggiori elementi di equità del nostro sistema previdenziale pubblico. La legge n. 322 del 1958 permetteva, infatti, a coloro che cessavano dal servizio senza aver maturato il diritto a pensione di poter costituire la propria posizione assicurativa presso l'Inps, trasferendo la contribuzione versata presso altri fondi o altre gestioni. La legge n. 322 del 1958 è stata abrogata dal 31 luglio 2010.

Ciò significa che lavoratori che hanno periodi presso gestioni o fondi diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti Inps e non maturano il diritto a pensione presso i fondi stessi sono costretti (se possono sopportarlo economicamente) a fare la ricongiunzione, sempreché abbiano le condizioni per farla (almeno un contributo versato presso il Fpld).

Chi non può fare la ricongiunzione per motivi di carattere economico o perché non ha alcuna contribuzione versata presso l'Inps si ritroverà con una posizione previdenziale silente che non gli darà diritto a nulla.

Al riguardo, infatti, è necessario sottolineare ancora una volta che la pensione supplementare esiste solo in Inps mentre non esiste in tutti gli altri fondi o gestioni diverse.

Risponde a un principio di equità o è un privilegio il vedersi annullare la propria posizione assicurativa?

Ci sono lavoratrici e lavoratori che hanno versato negli altri fondi o gestioni anche 19 anni di contribuzione e che per tali periodi non avranno diritto a nulla.

Ci sono lavoratrici e lavoratori che vengono collocati a riposo per inabilità a proficuo lavoro e non hanno i 15 anni di contribuzione necessari per il riconoscimento dell'invalidità nel pubblico impiego. Con la legge n. 322 del 1958 questi lavoratori potevano trasferire la loro contri-

bUZIONE all'Inps e potevano accedere alle prestazioni di invalidità Inps (assegno di invalidità o pensione di inabilità): ora dopo l'abrogazione della legge questi lavoratori non hanno più diritto ad alcuna tutela, perdono la contribuzione versata in Inpdap e non possono chiedere alcuna prestazione all'Inps anche se magari hanno versato per 14 anni.

La legge n. 29 del 1979 ha previsto la ricongiunzione onerosa verso fondi o gestioni diverse dall'Inps proprio perché con la ricongiunzione si avevano trattamenti pensionistici più favorevoli rispetto a quelli previsti nel Fondo pensioni lavoratori dipendenti. La ricongiunzione verso l'Inps invece era gratuita proprio perché garantiva trattamenti meno favorevoli rispetto a quelli erogati dai fondi esclusi o sostitutivi dell'assicurazione generale obbligatoria. L'unica ricongiunzione onerosa in Inps era quella prevista per i lavoratori autonomi (artigiani, commercianti, coltivatori diretti, coloni e mezzadri) che per poter ricongiungere nel Fondo pensioni lavoratori dipendenti devono avere almeno 5 anni di contribuzione versata nel Fondo anzidetto prima della domanda di ricongiunzione. Anche in questo caso la ricongiunzione era onerosa proprio perché garantiva trattamenti pensionistici migliori rispetto a quelli previsti dalle gestioni speciali dei lavoratori autonomi. Ci sembra che i diversi criteri previsti per la ricongiunzione (onerosità in caso di miglioramenti pensionistici; gratuità in caso di trattamento pensionistico meno favorevole) rispondevano proprio a principi di equità.

Certo alcuni lavoratori pagavano e altri no, ma non erano lavoratori che si trovavano nelle stesse condizioni e soprattutto non avrebbero beneficiato degli stessi trattamenti pensionistici. Ora pagano tutti ma i trattamenti pensionistici continuano a essere diversi. Dove sta l'equità? Dove stanno i privilegi?

L'onerosità della ricongiunzione verso l'Inps ha creato poi delle vere e proprie disparità di trattamento tra i lavoratori: facciamo l'esempio di due lavoratori che hanno versato entrambi 38 anni di contributi. Uno ha avuto la fortuna di poter lavorare sempre presso lo stesso datore di lavoro. L'altro ha dovuto cambiare datore di lavoro dopo 19 anni di contribuzione versata all'Inps e ha versato i successivi 19 anni all'Inpdap. Il primo lavoratore al compimento dell'età pensionabile avrà diritto a un'unica pensione calcolata su 38 anni di contribuzione. Il secondo lavoratore non matura il diritto a pensione né presso l'Inps né presso l'Inpdap. Non può avvalersi della legge n. 322 del 1958, in quanto abrogata dalla legge n. 122 del 2010. Per maturare il diritto a pensione deve fare la ricongiunzione o presso l'Inps o presso l'Inpdap, pagando somme pesantissime. Nel caso il lavoratore non possa pagare può avvalersi della tota-

lizzazione, che è gratuita, ma che è anche fortemente penalizzante sia per quanto riguarda i requisiti per ottenere le prestazioni sia per quanto riguarda il calcolo della pensione che viene fatto interamente con il sistema contributivo, con una perdita per il lavoratore interessato a volte anche del 40% rispetto all'importo della pensione che avrebbe avuto con il sistema retributivo. La questione è stata solo parzialmente risolta con la legge di stabilità 2013 (legge 24 dicembre 2012, n. 228), che ha previsto la possibilità di cumulare gratuitamente i contributi versati in diverse gestioni ma solo per l'accesso alla pensione di vecchiaia e solo qualora non ci sia il diritto autonomo alla pensione nei fondi interessati al cumulo, altrimenti permane solo l'applicazione della legge sulla totalizzazione.

Dove sta l'equità? Dove sono i privilegi? Perché a pagare devono essere sempre e solo le lavoratrici e i lavoratori?

La Cgil ha sempre affermato che deve essere ripristinato il principio di matrice costituzionale espresso dalla legge n. 322 del 1958, secondo il quale chiunque cessi dall'attività lavorativa senza aver maturato il diritto a pensione nel proprio fondo ha diritto a far confluire gratuitamente tutta la sua contribuzione nel regime generale dell'assicurazione generale obbligatoria.

La Cgil ritiene inoltre che anche per la ricongiunzione debba essere ripristinata la normativa vigente prima dell'entrata in vigore della legge n. 122 del 2010, visto che l'applicazione delle nuove norme determina ingiustificate disparità di trattamento tra le lavoratrici e i lavoratori legate alle condizioni di lavoro delle persone, penalizzando proprio coloro che hanno avuto o sono stati costretti ad avere maggiore flessibilità rispetto alle diverse forme lavorative.

Con il decreto legge n. 98, convertito nella legge n. 111 del 2011, il governo Berlusconi è intervenuto di nuovo pesantemente sulle donne e ha previsto l'aumento dell'età pensionabile per le lavoratrici dipendenti del settore privato e per le lavoratrici autonome. L'aumento dell'età pensionabile per le lavoratrici anzidette decorreva dal 2020. Con la legge n. 111 è stato anticipato al 2013 l'incremento dell'età pensionabile legato alla speranza di vita.

È stata questa legge, inoltre (l'articolo 13), che ha previsto il defianziamento totale del fondo strategico in cui erano confluiti i risparmi derivanti dall'aumento dell'età pensionabile delle donne dipendenti del pubblico impiego, dimostrando ancora una volta, se ce ne fosse stato bisogno, che i provvedimenti presi contro le donne servono sempre e soltanto a fare cassa!

Sempre con la stessa legge il governo Berlusconi ha previsto la ridu-

zione delle pensioni ai superstiti. Anche in questo caso si tratta di una misura che colpisce in modo particolare le donne.

La norma definita dalla Lega come «norma antibadanti» prevede la riduzione dell'aliquota percentuale della pensione ai superstiti del 10% in ragione di ogni anno di matrimonio mancante rispetto al numero di 10, quando si verificano le seguenti condizioni:

- a) matrimonio contratto dopo il settantesimo anno di età;
- b) differenza di età fra i coniugi superiore a venti anni.

Non si dà luogo alla riduzione nel caso vi siano figli minori, studenti, inabili.

Al di là di quello che ha sostenuto la Lega, è del tutto evidente che la norma si applica a tutti, ed è anche giusto che sia così, visto che non possono né debbono esserci norme di carattere discriminatorio. Sta di fatto, però, che si tratta di una norma che è stata originata dall'odio per gli immigrati e che mette in discussione dei principi fondamentali della nostra Costituzione. Non è un caso, infatti, che la Corte costituzionale abbia in passato, con più pronunciamenti, dichiarato incostituzionali tutte le norme che limitavano il diritto alla pensione ai superstiti (1).

(1) In particolare, si ricordano:

– la sentenza n. 587 del 1988, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una serie di disposizioni che escludevano il diritto alla pensione di reversibilità in presenza di una determinata differenza di età (20 e 25 anni) tra i coniugi;

– la sentenza n. 123 del 1990, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una serie di disposizioni che subordinavano il diritto alla pensione di reversibilità a una certa durata del matrimonio;

– la sentenza n. 189 del 1991, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che escludeva, in via generale, il diritto alla pensione di reversibilità per il coniuge quando il lavoratore pensionato ha contratto matrimonio dopo il compimento del 72° anno d'età e il matrimonio non è durato almeno 2 anni;

– la sentenza n. 450 del 1991, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due norme che non consentivano al coniuge superstite di fruire della pensione di guerra quando il matrimonio, avvenuto successivamente alla data in cui erano state contratte le ferite o malattie dalle quali era derivata la morte del militare o del civile, fosse durato, senza che sia nata prole ancorché postuma, meno di un anno;

– la sentenza n. 1 del 1992, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma analoga a quella del punto precedente;

– la sentenza n. 187 del 2000, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che escludeva il diritto alla pensione di reversibilità in favore del coniuge che avesse contratto matrimonio successivamente al pensionamento dell'assicurato;

– la sentenza n. 447 del 2001, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma volta a prevedere che la pensione di reversibilità non spettasse nel caso di matrimonio successivo alla data di inizio del pensionamento per vecchiaia dell'iscritto.

La Cgil ritiene che anche la norma contenuta nella legge n. 111/2011 presenti evidenti questioni di legittimità costituzionale.

La legge n. 111 ha inoltre previsto ulteriori tre mesi di posticipo della decorrenza della pensione (allungamento della finestra mobile) per coloro che maturano i 40 anni di contribuzione (un mese nel 2012, un mese nel 2013, un mese nel 2014).

Con il decreto legge n. 138, convertito nella legge n. 148 del 14 settembre 2011, il governo Berlusconi è intervenuto di nuovo sull'età pensionabile delle donne del settore privato (lavoratrici dipendenti, autonome e parasubordinate) anticipando l'aumento dell'età pensionabile al 2014.

Con la legge n. 148 è stata estesa la finestra mobile per la decorrenza della pensione anche al settore della scuola che prima ne era escluso.

Inutile dire che anche queste misure servivano solo a fare cassa.

È utile ricordare tutti i provvedimenti presi dal governo Berlusconi, dal momento che tali provvedimenti non sono stati cancellati dalla manovra Monti-Fornero: dobbiamo sempre ricordare, infatti, che nei confronti dei cosiddetti lavoratori «esodati» o «salvaguardati» che vanno in pensione (se vincono alla lotteria) con i requisiti preFornero tali norme continuano a essere applicate.

2. — *La manovra Monti-Fornero* — Con la manovra Monti-Fornero è arrivato il colpo finale. La manovra che, a detta della Fornero, avrebbe dovuto semplificare la nostra normativa previdenziale e avrebbe dovuto finalmente creare un sistema equo soprattutto per i giovani ci ha fatto invece piombare in un sistema estremamente complicato e stratificato, dove è diventato difficile anche per gli esperti capire quando mai sarà possibile andare in pensione. Per i giovani poi il sistema risulta ulteriormente peggiorato rispetto a prima. Vivere nell'incertezza del diritto: questo è il motto che potremmo dare alla «riforma» Monti-Fornero!

Per le lavoratrici e i lavoratori che maturano i requisiti per il diritto a pensione, a decorrere dal 1° gennaio 2012, le prestazioni pensionistiche conseguibili sono la pensione di vecchiaia e la pensione anticipata.

Il diritto alla pensione di vecchiaia si consegue per le lavoratrici e i lavoratori dipendenti, a decorrere dal 1° gennaio 2012, in base ai seguenti requisiti: cessazione attività lavorativa, raggiungimento di un'età minima prevista e in continuo aumento a causa dell'incremento automatico dovuto all'aumento della speranza di vita e 20 anni di contribuzione. Per coloro che hanno cominciato a versare contributi successivamente al 1° gennaio 1996 è previsto un ulteriore requisito: il raggiungimento di un importo di pensione pari ad almeno 1,5 volte l'asse-

gno sociale (2014 = x 1,5 = euro). Per i lavoratori autonomi valgono le stesse regole ma possono continuare l'attività.

È da rilevare che questa norma peggiora la precedente normativa prevista per coloro che stavano nel sistema contributivo (5 anni di effettivo lavoro per il diritto a pensione, con un importo di pensione pari a 1,2 volte l'assegno sociale 2012 = x 1,2 = euro) e penalizza fortemente proprio i giovani, i lavoratori precari e le donne, che non raggiungendo il nuovo importo di pensione richiesto saranno costretti a lavorare fino a 70 anni (e poi di più) dal momento che la pensione verrà corrisposta solo a tale età con 5 anni di contribuzione effettiva e senza alcun riferimento all'importo del trattamento.

Gli incrementi dell'età legati alla speranza di vita mantengono la cadenza triennale fino al 2019. Dal 2019 in poi diventano biennali, così come diventano biennali anche le revisioni dei coefficienti di trasformazione del montante contributivo rivalutato.

A decorrere dal 1° gennaio 2012, il diritto alla pensione anticipata si consegue per le donne solo con 41 anni e un mese di contribuzione, mentre per gli uomini sono necessari 42 anni e un mese. Tali requisiti sono stati aumentati di un ulteriore mese nel 2013 e ancora di un mese nel 2014.

Inoltre, dal 2013 è stato esteso anche al requisito contributivo previsto per il pensionamento anticipato il meccanismo di incremento relativo all'aspettativa di vita. Nel 2013 quindi sono scattati ulteriori 3 mesi ai quali si aggiungeranno altri 4 mesi dal 2016. È evidente che tale automatismo spingerà sempre più avanti sia l'età di pensionamento per la pensione di vecchiaia sia i requisiti contributivi per maturare il diritto alla pensione anticipata.

È da rilevare, inoltre, che per la pensione anticipata è stata prevista una riduzione percentuale sulla quota di pensione retributiva, relativa all'anzianità contributiva maturata fino al 31 dicembre 2011, qualora il pensionamento avvenga prima del compimento dell'età di 62 anni. Tale riduzione è pari al 1% per i primi due anni mancanti al raggiungimento dei 62 anni ed elevata al 2% per gli ulteriori anni mancanti alla suddetta età calcolati alla data del pensionamento.

La legge n. 14/2012 ha disposto che la riduzione non sarà applicata a coloro che maturano il requisito contributivo entro il 31 dicembre 2017 qualora la contribuzione derivi esclusivamente da prestazione effettiva di lavoro, includendo i periodi di astensione obbligatoria per maternità, servizio militare, infortunio, malattia e di cassa integrazione guadagni ordinaria. Questa era la dizione originaria della norma, che è

stata recentemente modificata dall'articolo 4-*bis* della legge 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, che ha incluso tra i predetti periodi le giornate per la donazione di sangue e di emocomponenti e i congedi parentali di maternità e paternità (astensione facoltativa). Con l'art. 1, comma 493, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), sono stati considerati utili per non incorrere nelle penalizzazioni anche i periodi di congedo e i permessi per l'assistenza ai disabili previsti dall'articolo 33 della legge n. 104/1992.

Le modifiche introdotte sono sicuramente positive ma non sufficienti, visto che comunque restano fuori i periodi di disoccupazione, di mobilità, di cassa integrazione guadagni straordinaria o in deroga, i versamenti volontari, i periodi relativi ai riscatti della laurea, della specializzazione, dei diplomi professionali anche se oggetto di ricongiunzione, le assenze per sciopero, le maggiorazioni di servizio virtuali a qualsiasi titolo (invalidità legge n. 388/2000, vittime del terrorismo, dell'amianto, maggiorazioni per i non vedenti).

Rispondendo a un quesito posto da un Comune l'ex Inpdap ha allungato la lista dei periodi che non rientrano nel «servizio prestatore»: congedo parentale al di fuori del rapporto di lavoro anche se riscattato (è da rilevare che l'Inps, al quale è stato posto analogo quesito, non ha ancora dato risposta); il congedo per motivi di famiglia anche se riscattato; la contribuzione volontaria anche se ricongiunta; la disoccupazione anche se ricongiunta.

Nel messaggio n. 219 del 4 gennaio 2013 l'Inps ha precisato che si considerano periodi utili per non applicare la penalizzazione quelli relativi alla costituzione della rendita vitalizia (riscatti di periodi di lavoro in cui è stata omessa la contribuzione) in quanto trattasi di periodi in cui comunque c'è stato effettivo svolgimento dell'attività lavorativa.

La Cgil ha sempre sostenuto che le penalizzazioni devono essere cancellate. Le penalizzazioni, infatti, sono profondamente ingiuste perché colpiscono i lavoratori precoci, le donne e i soggetti più deboli. Altra cosa che non si capisce è la data del 31 dicembre 2017. Facciamo un esempio: un lavoratore nato nel 1960, che ha cominciato a lavorare a 15 anni, maturerà i nuovi requisiti per la pensione anticipata a luglio del 2018 (42 anni di contribuzione e 10 mesi) ma a tale data avrà 58 anni di età. Questo lavoratore subirà una penalizzazione pari al 6% della quota di pensione maturata fino al 31 dicembre 2011. Nel caso non volesse subire penalizzazioni dovrebbe lavorare fino al compimento del sessantaduesimo anno di età, raggiungendo 46 anni e 10 mesi di contribu-

zione. È mai possibile una simile assurdità? Che differenza c'è tra la contribuzione versata da questo lavoratore e quella di un altro lavoratore che, per sua fortuna, riesce ad andare in pensione entro il 31 dicembre 2017? Siamo nuovamente di fronte a una norma che nulla ha a che vedere con i principi dell'equità e della solidarietà.

Ferma restando la possibilità di avvalersi della pensione anticipata prima descritta, per coloro che hanno cominciato a versare la contribuzione successivamente al 1° gennaio 1996, la legge n. 214/2011 ha previsto la possibilità di un altro pensionamento anticipato a 63 anni con almeno 20 anni di contribuzione effettiva e con una soglia minima di pensione da raggiungere pari a 2,8 volte l'assegno sociale (2014 = x 2,8% = euro mensili, indicizzati annualmente in base alla variazione media quinquennale del Pil nominale). Chi potrà raggiungere tale soglia? Sicuramente non le donne, vista la frammentazione della loro vita lavorativa, né i giovani che ormai per tantissimi anni svolgono lavori precari e con bassa retribuzione. È da rilevare, inoltre, che la soglia minima di accesso (63 anni) è soggetta all'incremento dell'età dovuto alla speranza di vita.

Con la riforma previdenziale del 1995 era stata introdotta in Italia la possibilità del pensionamento flessibile con età 57-65 anni, uguali per uomini e donne. Tale sistema è stato stravolto dalla controriforma Maroni (legge n. 243 del 2004) che ha introdotto anche nel sistema contributivo l'età pensionabile fissa: 60 anni per le donne, 65 per gli uomini.

La Cgil ha sempre sostenuto con forza la necessità di ripristinare la flessibilità dell'età pensionabile: prima di tutto perché un sistema contributivo senza flessibilità non ha un senso e, poi, perché la flessibilità in uscita è l'unico strumento valido per coniugare una reale parità di trattamento tra uomo e donna con l'esercizio delle opportunità individuali e della libera scelta, oltre a essere anche l'unico strumento che permette un vero innalzamento delle età medie di pensionamento.

Il ministro Fornero si vantò molto del fatto che la sua legge ripristinava la flessibilità dell'età pensionabile (62-70 anni per le donne dipendenti da privato, 66-70 per gli uomini) e che, quindi, fosse di nuovo una scelta delle lavoratrici e dei lavoratori quella di anticipare o di posticipare il ritiro dal mercato del lavoro, affermando addirittura che ci sono degli incentivi per chi decide di rimanere al lavoro.

La Cgil ha un altro concetto di flessibilità e un altro concetto di incentivo.

A nostro avviso, infatti, il repentino e continuo innalzamento dell'età pensionabile legato anche all'incremento della speranza di vita non

permette a nessuno di anticipare la data di ritiro (a meno di non andarci con la pensione anticipata e con pesanti disincentivi), mentre per quanto riguarda la pensione di vecchiaia soprattutto le donne vanno continuamente alla rincorsa dei requisiti perduti, che drammaticamente raggiungeranno in alcuni casi dopo 4 anni, in altri dopo 6 o 7 anni. Ma di quale flessibilità stiamo parlando? Le norme introdotte sono di una rigidità assoluta.

Per quanto riguarda poi il famoso incentivo, si tratta semplicemente del fatto che sono stati finalmente calcolati i coefficienti relativi agli anni successivi al sessantacinquesimo fino al settantesimo anno di età e poi si procederà oltre. Si fa passare per incentivo il concetto che è alla base del sistema contributivo: maggiore è l'età al momento del pensionamento, maggiori sono i coefficienti di trasformazione del montante. Peccato che con la revisione automatica i coefficienti calino sempre di più. Il nucleo di valutazione della spesa previdenziale, tenendo conto di questa situazione, ha affermato che è più conveniente andare in pensione prima di una nuova revisione proprio per evitare di incappare nei nuovi coefficienti.

Dal 1° gennaio 2012 si stabilisce, come già detto, una soglia per il pensionamento delle donne del settore privato che va dai 62 ai 70 anni. Tale soglia crescerà progressivamente fino a equiparare la soglia di pensionamento degli uomini a 66 anni nel 2018.

Ciò produce una rincorsa continua. Si può fare il caso di una lavoratrice del settore privato che compie 60 anni di età nel maggio 2013 e che ha 33 anni di contributi. In base alla previgente normativa tale lavoratrice avrebbe ottenuto la pensione di vecchiaia con decorrenza 1° settembre 2014 (finestra di un anno e tre mesi di aspettativa di vita); con quanto previsto dalla manovra Monti-Fornero potrà andare in pensione di vecchiaia solo con decorrenza 1° maggio 2020 con 66 anni e 11 mesi. Anche se per le donne del settore privato si parla di gradualità (62 anni), è bene sapere che il periodo transitorio vale solo per le donne che avevano già compiuto l'età pensionabile previgente (60 anni) entro il 31 dicembre 2011. Negli altri casi nessuna donna andrà in pensione con 62 anni.

Le più «fortunate» sono quelle della classe 1952, nate, però, entro il mese di marzo: potranno andare in pensione di vecchiaia nel 2015 con 63 anni e 9 mesi, addirittura prima dell'eccezione prevista dalla Fornero per le donne del 1952 che nel 2012 maturano, oltre ai 60 anni di età, anche 20 anni di contribuzione. Queste ultime, infatti, potranno andarci a 64 anni. Almeno così prevede l'eccezione scritta nella legge, anche

se l'Inps nella sua circolare applicativa, dietro apposito suggerimento del ministero del Lavoro (da noi contestato), ha detto che anche in questa fattispecie speciale si applica l'aumento dell'età relativo alla speranza di vita e, pertanto, le lavoratrici per poter andare in pensione debbono maturare 64 anni e sette mesi. Restano poi le nate da aprile a dicembre 1952 che non raggiungono il requisito di 20 anni di contribuzione nel 2012; per loro il diritto a pensione si allontana paurosamente: potranno andare in pensione, infatti, solo nel 2018, se sono nate nel mese di aprile, e nel 2019, se sono nate fra maggio e dicembre.

Il provvedimento innalza bruscamente anche l'età pensionabile delle lavoratrici autonome. Infatti, ferma restando la maturazione del requisito contributivo, una lavoratrice autonoma nata nel mese di dicembre 1951 potrà andare in pensione dal 1° luglio 2013; mentre quella nata nel gennaio 1952 potrà andare in pensione solo dal 1° settembre 2018 (il pensionamento viene posticipato di 5 anni e 2 mesi).

Ci chiediamo come si possa sostenere che un meccanismo infernale di questo tipo possa essere considerato equo: qui di equo non c'è nulla e la cosa più drammatica è che si sta giocando sulla vita delle persone, sulle loro speranze, sui loro sogni, sui loro diritti.

Per quanto riguarda le donne dipendenti del pubblico impiego la manovra Fornero non cambia sostanzialmente nulla rispetto alla precedente normativa che, dal 1° gennaio 2012, prevedeva per loro un salto immediato di 4 anni, passando da 61 anni di età a 65 anni, ai quali si doveva aggiungere la finestra mobile di un anno. Ora per raggiungere i requisiti per il diritto a pensione devono raggiungere i 66 anni di età.

La Fornero si vantò molto anche del fatto di aver eliminato il «bizantinismo» delle finestre per coloro che maturano il diritto a pensione di vecchiaia o a pensione anticipata, a decorrere dal 1° gennaio 2012. A dire il vero non è stato concesso alcun favore, visto che le finestre sono state incorporate nelle varie età pensionabili. Solo i lavoratori autonomi hanno avuto un beneficio di 6 mesi di anticipo. Ma anche questa è una delle tante disparità di trattamento introdotte dalle nuove norme.

Alla devastazione legislativa operata dalla legge Monti-Fornero si è aggiunto poi il massacro operato dalla circolare Inps n. 35 del 2012, che ha dato interpretazioni restrittive e aberranti, con un particolare accanimento proprio nei confronti delle donne. È necessario anche dire che sono stati i Ministeri vigilanti che hanno imposto all'Inps le predette interpretazioni e lo hanno fatto sempre per ragioni di cassa.

Inutile dire ancora una volta come sia necessario che l'Inps recuperi la propria autonomia. È da tempo ormai (da quando era ministro del

Lavoro Maroni) che l'Istituto è in sostanza commissariato dai Ministeri vigilanti (ora soprattutto il ministero dell'Economia, con la ragioneria generale dello Stato) con grave danno per tutti i cittadini, i lavoratori e i pensionati: i tempi di emanazione delle circolari si sono allungati a dismisura e le interpretazioni non seguono più il testo legislativo approvato dal Parlamento ma vengono invece elaborate in base ai conti fatti dalla ragioneria. Vengono penalizzate professionalità eccellenti interne all'Istituto e vengono negati diritti con conseguente aumento del contenzioso amministrativo e giudiziario.

La circolare Inps è oltremodo negativa per le donne in merito all'interpretazione data sull'opzione per la pensione di anzianità con il sistema contributivo.

La norma di carattere sperimentale prevedeva fino al 31 dicembre 2015 la possibilità per le lavoratrici dipendenti di andare in pensione di anzianità con 57 anni di età e 35 anni di contributi (58 anni di età e 35 di contributi per le lavoratrici autonome) con il calcolo della pensione interamente contributivo. La scelta dovuta spesso a motivi familiari comportava e comporta pesanti penalizzazioni sull'importo della pensione da percepire (riduzione pari al 40%). Su precisa indicazione dei Ministeri vigilanti l'opzione è ora possibile solo se la lavoratrice raggiunge entro il 31 dicembre 2015 sia i requisiti per il diritto a pensione, con l'incremento dell'età relativo alla speranza di vita, sia l'apertura della relativa finestra per la decorrenza della pensione stessa. Ci sembra che questa interpretazione sia veramente assurda e costituisca un vero accanimento nei confronti delle lavoratrici.

L'Inps poi ha dato un'interpretazione assurda sia per gli uomini sia per le donne in merito alla eccezione prevista per la classe '52. In base a quanto disposto dal comma 15-*bis* della legge n. 214/2011, in via eccezionale, le lavoratrici che nell'anno 2012 raggiungono i 60 anni di età e i 20 anni di contribuzione e i lavoratori che entro il 2012 maturino almeno 35 anni di contribuzione, l'età e la quota prevista dalla previgente normativa potranno conseguire la pensione a 64 anni. La norma non si applica ai lavoratori del settore pubblico e ai lavoratori autonomi e parasubordinati. Secondo l'interpretazione data dall'Inps sono esclusi dall'applicazione della norma eccezionale i lavoratori dipendenti disoccupati alla data del 28 dicembre 2011. Si escludono così i lavoratori che si trovano nelle condizioni di maggiore difficoltà (disoccupati, lavoratori in mobilità, prosecutori volontari). È del tutto evidente che non possiamo condividere una simile interpretazione che ci pare costituisca un vero e proprio accanimento contro i soggetti più deboli. Abbiamo

già detto che, secondo l'Inps, il requisito anagrafico di 64 anni va adeguato alla speranza di vita. A nostro avviso, invece, tale requisito «eccezionale» non va legato alla speranza di vita.

Per quanto riguarda l'età pensionabile degli uomini viene definita una soglia valida per tutti i lavoratori (dipendenti privati e pubblici, autonomi e parasubordinati) che va dai 66 ai 70 anni. Con un beneficio immediato per quanto riguarda i lavoratori autonomi che con la vecchia normativa andavano in pensione a 66 anni e sei mesi.

Il dipartimento della Funzione Pubblica, con la circolare n. 2 dell'8 marzo 2012, ha precisato che nel settore del lavoro pubblico il principio di flessibilità e di incentivazione per la permanenza in servizio sino a 70 anni non opera. A parere del dipartimento, la nuova disciplina introdotta dall'art. 24 della legge n. 214/2011 ha modificato i requisiti per l'accesso al trattamento pensionistico ma non ha, invece, modificato il regime dei limiti di età per la permanenza in servizio. Pertanto, per i dipendenti statali e per i dipendenti degli enti pubblici restano in vigore, rispettivamente, le norme (art. 4 del d.P.R. n. 1092/73 e art. 12 della legge n. 70/1975) che fissano il limite di età ordinamentale a 65 anni (limite esteso per analogia anche agli altri dipendenti pubblici). Raggiunto tale limite di età il rapporto di lavoro può proseguire solo per raggiungere il requisito minimo per il diritto alla pensione. Inoltre il dipartimento della Funzione Pubblica, partendo dal presupposto che la nuova disciplina pensionistica non trova applicazione per il personale in possesso dei requisiti per il diritto a pensione alla data del 31 dicembre 2011, precisa che ai dipendenti pubblici non è consentito andare in pensione con i nuovi limiti anagrafici di 66 anni (nel 2012) e che nei loro confronti rimane fermo il collocamento a riposo d'ufficio al compimento del 65° anno di età anche per gli anni successivi al 2012, salvo trattenimento in servizio.

Con sentenza n. 2446 del 2013 il Tar del Lazio aveva disposto l'annullamento della circolare n. 2/2012 del dipartimento della Funzione Pubblica, nella parte in cui essa univocamente stabilisce che l'amministrazione è tenuta a collocare a riposo al compimento del 65° anno di età i dipendenti che alla data del 31 dicembre 2011 erano già in possesso della massima anzianità contributiva o, comunque, dei requisiti prescritti per l'accesso a un trattamento pensionistico diverso dalla vecchiaia. I requisiti di anzianità e vecchiaia previsti dall'articolo 24 del d.l. n. 201 devono verificarsi congiuntamente e non possono essere oggetto di valutazione disgiunta. Pertanto, i nuovi requisiti anagrafici per l'accesso alla pensione di vecchiaia trovano applicazione, a domanda, a coloro

che, alla data del 31 dicembre 2011, avevano maturato i requisiti per la pensione di anzianità ma non quelli per la pensione di vecchiaia.

Con nota del 16 settembre 2013, n. 0041876, il dipartimento della Funzione Pubblica ha confermato l'interpretazione data con la circolare n. 2 del 2012 facendo presente che la sentenza del Tar Lazio era stata superata dalle disposizioni di interpretazione autentica previste per la pubblica amministrazione nel decreto legge n. 101 del 2013. Le norme di interpretazione autentica affermano infatti che «il conseguimento da parte di un lavoratore dipendente delle pubbliche amministrazioni di un qualsiasi diritto a pensione entro il 31 dicembre 2011 comporta obbligatoriamente l'applicazione del regime di accesso e delle decorrenze previgente l'entrata in vigore dell'articolo 24». Inoltre, con il d.l. n. 101 del 2013 viene anche definitivamente chiarito che «per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio, vigente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 201/2011, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per trattenimento in servizio o per consentire all'interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione, ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l'amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o d'impiego se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione».

È da rilevare che anche la prima giurisprudenza di merito relativa ai lavoratori dipendenti da privati si sta orientando in maniera negativa in merito alla possibilità di rimanere al lavoro dopo il compimento dei 66 anni e tre mesi e fino ai 70 anni di età. Secondo le prime sentenze, infatti, tale possibilità è subordinata all'esistenza di una concorde e durevole volontà non solo del lavoratore ma anche del datore di lavoro (sentenza del Tribunale di Roma n. 20718/2013; sentenza della Corte d'Appello di Torino n. 799/2013; sentenza del Tribunale di Genova del 12 novembre 2013).

Con il decreto «Salva Italia» è stato previsto per gli anni 2012 e 2013 il blocco della rivalutazione delle pensioni di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo. È da rilevare che l'importo da prendere a riferimento per applicare il blocco della rivalutazione è quello lordo e che, in caso di titolarità di più pensioni, gli importi delle singole pensioni si sommano e possono quindi determinare il superamento della soglia di 1405,05 euro prevista per il diritto alla rivalutazione. Si tratta di una perdita pesantissima che durerà per tutto il periodo di percezione

della pensione. La norma è profondamente iniqua. È evidente che così si colpiscono i redditi dei pensionati che da anni vedono ridotto il potere di acquisto delle loro pensioni. Per questo la Cgil e lo Spi hanno sempre sostenuto la necessità di non bloccare le indicizzazioni, anzi il meccanismo di rivalutazione delle pensioni deve essere rivisto proprio per garantire il mantenimento del potere di acquisto delle pensioni stesse. Con la legge di stabilità 2014 è stato previsto il blocco della rivalutazione per la quota di pensione eccedente l'importo di 6 volte il minimo, mentre sono state previste percentuali di rivalutazioni diverse a seconda dell'importo della pensione (100% per le pensioni di importo fino a tre volte il minimo, 95% per le pensioni di importo superiore a tre e fino a quattro volte il minimo, 75% per le pensioni d'importo superiore a quattro e fino a cinque volte il minimo, 50% per le pensioni di importo superiore a cinque e fino a 6 volte il minimo, 40% per le pensioni superiori a 6 volte il minimo: in questo caso la rivalutazione è prevista fino all'importo di sei volte il minimo, mentre non è rivista alcuna rivalutazione sulla quota eccedente tale importo). La nuova normativa ha modificato in peggio il sistema di rivalutazione delle pensioni precedente al blocco del 2012 e 2013. Si ricorda infatti che l'indicizzazione veniva applicata su tutte le pensioni in maniera percentuale suddividendole per fasce di importo: 100% per la fascia di importo fino a tre volte il minimo, 90% per la fascia di importo fino a 5 volte il minimo, 75% per la fascia di importo di pensione residua. Anche la nuova norma è iniqua.

Per quanto riguarda poi l'odissea dei lavoratori «esodati» con la legge di stabilità 2014 siamo ormai arrivati alla quinta salvaguardia, e ogni salvaguardia ha previsto categorie di lavoratori e requisiti diversi per ottenere il beneficio della deroga: siamo insomma in presenza di un ginepraio di norme rispetto alle quali anche gli esperti in materia previdenziale cominciano ad avere seri problemi. La Cgil ritiene che la questione debba essere definitivamente affrontata e risolta per tutti. Il diritto a pensione non può essere considerato una lotteria.

3. — *Le proposte della Cgil* — Abbiamo già detto che le manovre fatte nel periodo 2010-2012 sono socialmente insostenibili.

La Cgil ritiene che siano necessari interventi che possano ripristinare gradualità, flessibilità e solidarietà.

Va rivisto l'intero sistema previdenziale al fine di:

– risolvere in via definitiva e strutturale l'emergenza sociale dei lavoratori salvaguardati, con una norma di principio che riconosca il diritto di tutti alla pensione;

– ripristinare la flessibilità dell'età pensionabile, correggendo anche il rigido automatismo dell'aumento legato alla speranza di vita. Devono essere le lavoratrici e i lavoratori a scegliere quando andare in pensione, senza ulteriori penalizzazioni rispetto a quelle già insite nel sistema di calcolo contributivo;

– garantire ai giovani, alle donne, ai lavoratori precari, saltuari, stagionali, ai parasubordinati una pensione adeguata, reintroducendo nel sistema misure di solidarietà, che garantiscano un importo di pensione dignitoso, così come previsto nel Protocollo sul *welfare* del 2007 e nella proposta della Cgil sulla pensione contributiva di garanzia;

– eliminare le penalizzazioni oggi esistenti per i lavoratori precoci che chiedono la pensione anticipata prima del sessantaduesimo anno di età. Le penalizzazioni sono profondamente ingiuste perché colpiscono lavoratrici e lavoratori che hanno cominciato a lavorare giovanissimi e che appartengono in larghissima parte alle categorie che svolgono i lavori più faticosi e che ricevono le retribuzioni più basse;

– modificare i coefficienti di trasformazione del montante contributivo sapendo che i «lavori non sono tutti uguali» e che gli attuali coefficienti attuano un concetto di solidarietà al contrario, dando di più proprio a coloro che in virtù delle condizioni e del lavoro svolto hanno una maggiore attesa di vita;

– estendere e potenziare la copertura figurativa per i periodi di cura;

– abbassare l'importo-soglia della pensione che deve essere raggiunto nel sistema contributivo per il diritto a pensione. L'importo oggi previsto per la pensione di vecchiaia (1,5 volte l'importo dell'assegno sociale) è di fatto irraggiungibile proprio dai lavoratori più fragili che sono, quindi, costretti a continuare a lavorare fino a oltre 70 anni, mentre quello previsto (2,8 volte l'importo dell'assegno sociale) per la pensione anticipata è stato individuato per dare questa opportunità soltanto a chi percepisce redditi alti;

– eliminare il blocco della rivalutazione delle pensioni e individuare un nuovo e diverso sistema di rivalutazione che garantisca nel tempo il potere di acquisto delle pensioni;

– estendere gli accordi bilaterali con i paesi di provenienza per consentire ai lavoratori immigrati non comunitari il diritto a usufruire della prestazione previdenziale.

Umberto Gargiulo (*)

PRINCIPIO DI LEGALITÀ ED EFFICIENZA ORGANIZZATIVA: UNA «LENTE BIFOCALE» PER LA LETTURA DELLE PIÙ RECENTI RIFORME DEL LAVORO PUBBLICO (**)

SOMMARIO: 1. L'art. 97 Cost. e la conciliazione «costituzionalizzata» di legalità ed efficienza. — 2. Il mobile e incerto confine tra le fonti. — 3. *Segue*: Il ruolo della contrattazione collettiva nel conseguimento dell'efficienza. — 4. La *gestione* della professionalità quale strumento dell'efficienza organizzativa. — 5. La prospettiva organizzativa nelle scelte di valorizzazione dei dipendenti. — 6. *Segue*: ... e in quelle di punizione.

1. — *L'art. 97 Cost. e la conciliazione «costituzionalizzata» di legalità ed efficienza* — Quando si ragiona di due concetti come principio di legalità ed efficienza organizzativa, si è talora tentati di contrapporre i profili, come se l'affermazione del primo risultasse incompatibile con la seconda o fosse causa (semmai concausa) dell'inefficienza.

Per restare all'ambito specifico del lavoro pubblico (il tema non è però del tutto estraneo anche al lavoro privato), questa tentazione sconta, evidentemente, un'implicita ammissione di involontario travisamento dell'art. 97.

Il punto di partenza della riflessione, allora, non può che essere questo: nella nostra Costituzione il rispetto del principio di legalità è (*recitius*: deve essere) funzionale al buon andamento («aggiornato» nei concetti di economicità, efficienza ed efficacia) e all'imparzialità dell'azione amministrativa; nel precetto costituzionale richiamato «non siamo in presenza della mera riproposizione del principio di legalità o di un suo sviluppo, cioè la previsione di una riserva di legge più o meno ampia. Piuttosto siamo in presenza di una relativizzazione del dominio legisla-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università «Magna Græcia» di Catanzaro.

(**) Il testo è la rielaborazione, con l'aggiunta di note, dell'intervento svolto al seminario su «Principio di legalità ed efficienza organizzativa», che ha inaugurato il Master universitario di II livello in «Manager nelle amministrazioni pubbliche», Università del Sannio-Benevento, il 18 ottobre 2013.

tivo sulle amministrazioni pubbliche. La regolazione per legge non è un valore in sé; lo è in quanto assicuri buon andamento e imparzialità dell'organizzazione amministrativa e dell'azione pubblica» (1).

È invero noto che il principio di legalità intendesse, nella prospettiva del costituente, garantire agli amministratori, e *in primis* ai dirigenti, la necessaria autonomia dal potere politico e assicurare nel contempo un'azione amministrativa volta a realizzare i precetti della Costituzione (2).

Da questa visione, moderna e democratica, del principio di legalità, essenziale nel contesto ordinamentale di uno Stato di diritto, si è passati a un uso distorto della legge e, relativizzando la riserva, a un ricorso pervasivo agli atti di fonte unilaterale (3): una rigidità di sistema che determina l'adozione di formule legislative ambigue, talora tecnicamente imprecise, «autorizzando» l'amministrazione a creare prassi applicative non proprio ortodosse, seppure necessarie a garantire la gestione pratica dei problemi quotidiani del personale; sempre nel formale, ineccepibile rispetto delle forme giuridiche.

Si tratta dell'effetto di una lettura inflessibile e, al contempo, distorta del principio di legalità, che applicato alla gestione dei rapporti di lavoro diventa fattore di scarsa produttività e, in un circolo vizioso, è a sua volta causa di ulteriore inefficienza dell'amministrazione (4).

C'è dunque un momento nel quale, sulla spinta di esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, si perviene a una rilettura aggiornata del principio di legalità e, a seguire, della riserva di legge contenuta nell'art. 97 Cost.

Nell'arco di poco più di un lustro, nel corso del decennio degli anni novanta, superando i timidi tentativi di ibridazione normativa risalenti al decennio precedente, si assiste a un ridisegno complessivo del sistema di regolazione del pubblico impiego, che passa, essenzialmente, per una rivisitazione dell'assetto delle fonti del rapporto, all'esito del quale

(1) L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ristampa con aggiornamenti, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 17.

(2) P. Caretti, *Commento all'art. 97, comma 1, parte I*, in G. Branca (fondato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - il Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 1, e C. Pinelli, *Commento all'art. 97, comma 1, parte II, e comma 2*, in G. Branca (fondato da), *ivi*, p. 31; R. Caranta, *Commento all'art. 97 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II ed., Utet, Torino, 2006, p. 1889.

(3) M.S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, p. 303.

(4) M.S. Giannini, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 299.

il ruolo della legge risulta ridimensionato in favore del contratto (collettivo e individuale), attraverso cui si consente l'ingresso, anche nelle amministrazioni pubbliche, dei poteri datoriali dell'esperienza privatistica; strumenti, questi ultimi, grazie ai quali si spera di riprendere il controllo dei rapporti e ottenere una gestione più dinamica delle prestazioni di lavoro (5).

La valutazione della riuscita del modello e dei suoi persistenti elementi di debolezza non può essere tentata in poche pagine (6). Il dato da cui non si può prescindere, tuttavia, è che da una iniziale razionalizzazione delle dinamiche salariali si è pervenuti a una ripresa degli andamenti incrementali. Immediatamente, poi, si è percepita l'insufficienza dell'affidamento, non privo di accenti retorici, delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro alla dirigenza pubblica, che avrebbe dovuto trasformare la «casta burocratica» in un *management* pubblico competente, efficiente e autorevole.

Certo non hanno aiutato i continui ripensamenti di un legislatore non esente da contraddizioni. Sta di fatto che negli ultimi anni si è assistito a un significativo *revirement*, prima strisciante poi addirittura affermato a voce alta, in omaggio a un discutibile furore ideologico, che ha rimesso in discussione le scelte precedenti: inversione di marcia in cui proprio il ruolo della legge e la centralità dei provvedimenti unilaterali riacquistano una posizione di primo piano.

È il caso allora di chiedersi se i mezzi siano coerenti con i fini e verificare i primi esiti di tale riposizionamento della legge provando a usare, quale cartina di tornasole, proprio il concetto di efficienza organizzativa.

Un primo quesito, al quale è possibile rispondere con sufficiente grado di certezza, è che non è dato registrare una ripubblicizzazione del lavoro pubblico; che cioè anche il legislatore intervenuto più di recente sulla materia non ha inteso contraddire la contrattualizzazione, ma ribadire, questo sì, la preminenza sistematica e la prevalenza, anche quantitativa, della fonte unilaterale nel contesto ordinamentale degli strumenti di disciplina del rapporto.

Va anzi rilevato che, quanto meno con riferimento alla cd. riforma Brunetta, vi è l'affermazione, più proclamata che realizzata per la veri-

(5) F. Carinci, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci, M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. LXXI.

(6) Tra i contributi più recenti vd. le riflessioni di C. Spinelli, *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, Bari, 2012.

tà, di una logica aziendalistica (7) (anch'essa eteroregolata attraverso la legge) che, sulla base di un complesso meccanismo di valutazione, vorrebbe coniugare premialità selettiva e sanzione degli inadempimenti.

Il dato certo è che il legislatore degli ultimi anni (e qui non bisogna pensare soltanto alla riforma del 2009 o a una specifica maggioranza parlamentare) ha contraddetto vistosamente e ripetutamente il principio della unificazione normativa di lavoro pubblico e privato (8), che nell'idea dei primi riformatori voleva ridurre all'essenziale i tratti di specialità del primo, favorendo una proficua contaminazione tra logiche d'impresa ed esigenze dell'amministrazione.

Lavoro pubblico e lavoro privato hanno quindi ripreso a viaggiare, nella migliore delle ipotesi, in parallelo, quando non hanno imboccato percorsi centrifughi di allontanamento, e ciò non tanto, o non solo, per l'opportuna presa di coscienza di una permanente, «morfologica» diversità tra i due ambiti organizzativi, quanto piuttosto per più «volgari», ma non per questo meno essenziali, esigenze di contenimento della spesa pubblica che hanno portato nel corso degli anni a ridurre l'autonomia decisionale, anche finanziaria, che aveva caratterizzato il decentramento amministrativo, e a pressare il dirigente pubblico, il quale, infatti, viene liberato dai condizionamenti sindacali – ma non da quelli politici – e «invitato» a un uso più energico dei propri poteri, soprattutto di sanzione.

Ne discende un quadro ordinamentale caratterizzato da una sorta di sfiducia di fondo negli attori del sistema – soprattutto di quelli che operano in sede decentrata – che ha finito per privare gli stessi di alcune importanti competenze o per affiancare e sovrapporre a esse tutta una congerie di controlli e divieti, che nei fatti contraddicono qualsivoglia prospettiva «privatistica» di *efficientamento* (si passi il brutto neologismo) dell'amministrazione.

La riaffermazione del principio di legalità ha avuto luogo, insomma, nella sua declinazione più datata e formale (9), risultando vistosamente funzionale a realizzare prioritariamente gli obiettivi di economicità –

(7) Vd., sul punto, anche per i necessari riferimenti bibliografici, l'opinione di E. De Nito, V. Esposito, *Sub artt. 1-31, d.lgs. n. 150/2009*, I, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*. III. *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1473.

(8) B. Caruso, *Gli esiti regolativi della «riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, I, p. 235.

(9) Sulla distinzione tra principio di legalità in senso formale e in senso sostanziale vd. B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 1.

intesa però soltanto nel ristretto significato (finanziario) di criterio di contenimento e razionalizzazione della spesa (10) –, e ciò a costo di trascurare ovvero posporre, quanto alla tempistica di realizzazione, l'efficienza e l'efficacia che pure dovrebbero caratterizzare l'azione delle amministrazioni pubbliche e che dell'economicità costituiscono, in definitiva, due essenziali profili.

Questi rilievi più generali, tuttavia, possono essere utilmente sottoposti a riscontro nel contesto di discipline specifiche, alle quali si intende ora dedicare qualche riflessione di dettaglio; non prima, però, di avere dedicato un passaggio al tema centrale della riscrittura del sistema delle fonti.

2. — *Il mobile e incerto confine tra le fonti* — La riforma del 2009, novellando il comma 2 dell'art. 2, d.lgs. n. 165/2001, è intervenuta in maniera significativa sulla relazione tra legge e contrattazione collettiva (11), modificando il meccanismo che consentiva al contratto collettivo di derogare alle disposizioni di legge precedenti che dettassero regole riservate ai lavoratori pubblici (12); il dispositivo viene ora quasi invertito e la deroga è ammessa soltanto se la legge dispone espressamente in tal senso (13).

Il legislatore, del resto, non fa mistero della sua completa diffidenza nella capacità della negoziazione collettiva, e dunque, come si diceva, dei suoi attori (per lo più di quelli sindacali) di garantire un governo efficiente delle dinamiche retributive e, indirettamente, della gestione del personale (14); al contempo esprime una fiducia pressoché cieca nella

(10) A. Alaimo, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi»: dalla «riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria» 2010*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, I, p. 287; V. Talamo, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria «d'estate»: ratio di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, I, p. 757.

(11) Su questo tema vd., più ampiamente, L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ristampa con aggiornamenti, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 15.

(12) G. D'Alessio, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, I, p. 1, parla di «rovesciamento» del principio di derogabilità nella successione temporale tra legge e contratto collettivo.

(13) Si è parlato, non a caso, di «neobridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni». È questa la seconda parte del titolo di uno scritto di A. Bellavista, A. Garilli, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neobridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, I, p. 1.

(14) Vd. le riflessioni di L. Zoppoli, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013, p. 259.

legge nonché, evidentemente, nella sua capacità di restare impermeabile a pressioni corporative e interessi clientelari: una forza di resistenza, peraltro, vistosamente sconfessata dalla storia (15).

La valorizzazione della fonte unilaterale è accompagnata, a sua volta, da una marcata ricentralizzazione del sistema, la quale però non è affatto un portato inevitabile della prima e determina, piuttosto, una decisa inversione di tendenza rispetto alla diversificazione degli strumenti regolativi, quale effetto della riconosciuta pluralità delle funzioni e dei servizi erogati dalle amministrazioni. Si è così smarrita l'attenzione verso il policentrismo e si assiste ormai da alcuni anni all'emanazione di norme che risultano «pensate» per le amministrazioni centrali dello Stato e non per una pluralità di soggetti diversi per struttura, funzioni, finalità istituzionali (16).

3. — Segue: *Il ruolo della contrattazione collettiva nel conseguimento dell'efficienza* — Il ruolo riconosciuto alla contrattazione è, peraltro, aspetto nodale di qualsiasi riflessione sul lavoro pubblico.

Non è possibile, in questa sede, affrontare il tema ancora molto discusso in dottrina – e ben lontano da un punto di arrivo – della «funzionalizzazione» della contrattazione collettiva pubblica, sul quale si riflettono due visioni antitetiche del ruolo della negoziazione nel contesto delle amministrazioni.

Alla posizione di chi (17) ritiene che l'affidamento al contratto collettivo di buona parte della disciplina del rapporto (e sicuramente dei profili retributivi) comporti che, anche per effetto dell'impiego di risorse pubbliche, quella contrattazione debba non solo essere *funzionale* alla regolazione dei diritti dei prestatori di lavoro, ma in qualche modo assicurare anche il raggiungimento degli obiettivi costituzionalizzati nel-

(15) Ancora attuali in tal senso le riflessioni di M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna, 1978.

(16) La scelta di salvaguardare le peculiarità degli enti locali (e ovviamente delle Regioni: in argomento, A. Trojsi, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, Torino, 2013) e del Ssn non pone al riparo da questo pericoloso avvita-mento al centro e danneggia, in particolare, quelle amministrazioni che, pur non rientrando negli ambiti esclusi dall'applicazione diretta, richiedono elevati margini di autonomia.

(17) M. Rusciano, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 245. Tra gli scritti in cui M. Rusciano torna sull'argomento vd. Id., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003; Id., *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 29.

l'art. 97 Cost. – investendo tutti gli agenti negoziali del dovere di «attenzione» alla realizzazione delle finalità istituzionalmente assegnate all'amministrazione –, si contrappongono, invero, quanti, temendo spinte neocorporative, negano che al contratto collettivo possano essere consegnate funzioni diverse da quelle sue proprie (18).

A favore della prima posizione, seppure in maniera indiretta e in qualche modo «involontaria», può essere ascritta anche una giurisprudenza contabile, rimasta poi abbastanza isolata, la quale individua pure in capo ai rappresentanti sindacali (19) una responsabilità per il danno erariale provocato con la stipulazione di un accordo collettivo, proprio in virtù delle peculiari caratteristiche del procedimento di contrattazione e dell'impegno di risorse finanziarie pubbliche predeterminate.

A presidiare il sistema, in effetti, a parte un tuttora poco realistico coinvolgimento dei soggetti contraenti la clausola nulla, resta quindi la sola responsabilità del dirigente che dispone l'erogazione.

Quanto al meccanismo, di applicazione assai incerta, introdotto nel nuovo art. 40, comma 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165/2001, che impone l'obbligo del «recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva» in caso di superamento dei vincoli finanziari, siamo dinanzi a un congegno che porrà non pochi problemi, visto che l'accertamento circa il superamento dei vincoli in questione può essere effettuato da soggetti con competenze differenti e di fronte ai quali il rispetto del contraddittorio si presenta alquanto farraginoso.

Si tratta, in ogni caso, di un dispositivo che – combinato con il diritto di anticipazione provvisoria dei trattamenti retributivi previsto dagli artt. 40, comma 3-*ter*, e 47-*bis* – responsabilizza la dirigenza, sottraendola al potere di veto della controparte negoziale, ma per converso deresponsabilizza il sindacato impegnato nella contrattazione, ribaltando sui singoli lavoratori il rischio del successivo recupero, da parte dell'amministrazione, delle somme indebitamente percepite, anche in considerazione degli orientamenti della giurisprudenza ammini-

(18) Tra i primi: A. Maresca, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 183. Ricostruisce i termini del dibattito M. Ricci, *L'efficacia del contratto collettivo*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, I, 2004, p. 470; di recente, sul tema, anche M. Napoli, *Contro la funzionalizzazione della contrattazione collettiva*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 215.

(19) A. Viscomi, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, I, p. 859.

strativa, che individua con particolare fermezza i presupposti della ripetizione (20).

4. — *La gestione della professionalità quale strumento dell'efficienza organizzativa* — È opportuno ora esaminare l'intervento del legislatore sulla tematica della gestione della professionalità dei lavoratori, a partire dalla disciplina delle mansioni, oggetto nel 2009 di una parziale novella dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001. Per effettuare questa lettura, è necessario ricostruire, seppure sinteticamente, la normativa previgente e i principali problemi interpretativi che aveva posto.

Il tema delle mansioni ha rispecchiato emblematicamente la storia dell'intera contrattualizzazione: un intervento complesso, caratterizzato dalla progressiva stratificazione di discipline sostituite spesso prima ancora di entrare a regime (21).

Ricondotto il rapporto del dipendente pubblico alla logica negoziale del contratto di lavoro, la legge affidava alla contrattazione collettiva la classificazione professionale delle attività lavorative, la demarcazione dell'equivalenza tra le mansioni e, in definitiva, la delimitazione dell'ambito stesso di esigibilità della prestazione. Un aspetto fortemente innovativo riguardava la tematica della mobilità orizzontale (22), perché il legislatore autorizzava l'assegnazione del lavoratore «alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi».

Mentre nella prima parte la norma ricalcava – ed è tuttora così – l'art. 2103 cod. civ., ammettendo la possibilità di modificazione delle mansioni assegnate al dipendente e ponendo come limite alla mobilità orizzontale l'equivalenza tra i compiti previsti in contratto e quelli oggetto di *ius variandi*, nella seconda parte faceva proprie le proposte che, già con riferimento alla norma codicistica, avevano auspicato la devoluzione all'autonomia collettiva della determinazione dell'equivalenza, individuando nel contratto collettivo lo strumento più idoneo, per

(20) Sul punto, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2013, n. 4519, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, p. 2360; vd. anche Cass. 22 dicembre 2008, n. 29926, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1123.

(21) L. Fiorillo, *Sub art. 56*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 1389; S. Liebman, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 628.

(22) P. Campanella, *Mansioni e ius variandi nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, I, p. 49.

struttura e funzione, ad adeguare rapidamente il giudizio di valore sulle mansioni al mutare del valore medesimo (23).

La disposizione, per la verità, chiedeva all'interprete di sciogliere alcuni significativi nodi problematici: primo tra tutti il quesito se la rimessione al contratto dell'ambito di equivalenza fosse totale (24) ovvero se residuasse uno spazio, riservato alla legge, contenente una nozione (legale) che la fonte collettiva fosse chiamata poi a specificare e integrare; interrogativo non privo di effetti quanto all'ampiezza del sindacato giudiziale (25).

Secondo la lettura più diffusa, alla contrattazione era rimessa non solo la previsione dell'ambito del giudizio di equivalenza, ma anche la determinazione del rapporto di equivalenza tra mansioni, con l'elisione dell'intervento giudiziale, costretto ad arrestarsi di fronte alla volontà, eventualmente anche *negativa*, della contrattazione (26).

Nei fatti, indipendentemente dall'uso di formulazioni talvolta ambigue, tutti i contratti hanno operato l'accorpamento delle qualifiche funzionali in un più ridotto numero di aree (27), caratterizzate da omogeneità di contenuti professionali.

Con l'intervento del 2009, il legislatore cristallizza invece l'utilizzo del sistema di inquadramento a fasce larghe (cd. *broad banding*) (28), prevedendo che, salvo alcune eccezioni, i dipendenti pubblici siano inquadrati «in almeno tre distinte aree funzionali» (così ora il comma 1-bis dell'art. 52), ricorrendo all'area quale ambito nel quale le mansioni sono equivalenti e dunque esigibili.

Il legislatore «congela» i sistemi di classificazione, con un riferimento alle aree che impedisce alla contrattazione di operare ripensamenti, ma anche di tener conto delle tendenze degli studi di organizzazione, in base ai quali, in ipotesi, potrebbero essere disegnati in futuro nuovi strumenti di ordinamento delle prestazioni lavorative.

(23) L. Zoppoli, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 166.

(24) O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 380.

(25) Trib. Vicenza 21 agosto 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 356.

(26) In giurisprudenza accoglie questa prospettiva Cass., Ss.Uu., 4 aprile 2008, n. 8740, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, II, p. 353; Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, in *Foro it.*, 2010, I, c. 78.

(27) P.G. Alleva, *Lo ius variandi*, in F. Carinci, M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1553.

(28) Sull'ampio ricorso all'inquadramento cd. *broad banding* nella pubblica amministrazione, vd. G. Della Rocca, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o «broad banding»; l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, I, p. 271.

All'autonomia collettiva residua, pertanto, un ruolo che, se non può essere definito meramente integrativo, è certamente più ridotto e controllato che in passato, diretto a delimitare i confini delle aree di inquadramento e operare il raggruppamento delle prestazioni professionali all'interno delle aree medesime.

Quanto, infine, all'attitudine della disposizione novellata a ridurre i problemi legati all'individuazione della nozione di equivalenza e del connesso ambito di esigibilità della prestazione lavorativa (29), non pare che le espressioni utilizzate siano in grado di elidere ogni questione: l'obbligo per le amministrazioni di adibire il lavoratore ai compiti per i quali è stato assunto, ovvero «alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento», non esclude un'interpretazione per la quale la mobilità orizzontale venga riconosciuta nell'ambito dell'area, *purché* le mansioni oggettivamente assegnate al dipendente risultino equivalenti alle precedenti.

È allora il momento di passare alla verifica di queste innovazioni alla luce del binomio legalità/efficienza organizzativa.

Il legislatore, acquisendo alla norma di legge il modello di inquadramento utilizzato (pur con taluni distinguo e diversificazioni operative) dalla contrattazione collettiva, ne conferma la «bontà»; a lasciare perplessi è invece l'irrigidimento connesso all'innesto nell'ambito della legge del sistema di classificazione e del relativo meccanismo di mobilità.

L'operazione comporta la rinuncia al dinamismo proprio della contrattazione collettiva, che avrebbe sempre potuto modificare il sistema in sede di rinnovo contrattuale, in favore di una cristallizzazione normativa soggetta a tempi e procedure di revisione oggettivamente più lenti e farraginosi (30).

(29) Per un esame di questi aspetti si consenta di rinviare a U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

(30) Non è possibile affrontare in questa sede il delicato tema delle progressioni di carriera, in relazione alle quali il legislatore, rispondendo ai richiami, troppo spesso inascoltati, della giurisprudenza di legittimità e della Consulta, ha imposto con norma imperativa l'obbligatorietà del concorso. Del resto l'abuso generalizzato delle progressioni verticali e l'inconsistenza degli argini frapposti dai contratti collettivi – fragilità che fa pensare a un'omissione quanto meno colposa – non poteva che condurre, come poi è stato, a un irrigidimento del sistema e a una riaffermazione non solo del principio di legalità, ma anche, e forse soprattutto, della ricaduta dell'intera materia nel regime pubblicistico e, quindi, sotto la giurisdizione del giudice amministrativo. Sul tema, tra gli altri: G. Nicosia, *L'accesso nelle amministrazioni e la carriera dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, I, p. 109; V. Luciani, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ri-

Viene da chiedersi, allora, se fosse proprio necessario rimpiazzare la contrattazione collettiva per far ripetere alla legge quello che già diceva la prima: a parte la volontà di riaffermare, puramente e semplicemente, la prevalenza di una fonte rispetto all'altra, con il rischio – si consenta di giocare con le parole del titolo – che il principio di legalità operi *a dispetto* dell'efficienza organizzativa.

5. — *La prospettiva organizzativa nelle scelte di valorizzazione dei dipendenti* — Quanto ai meccanismi di valorizzazione del merito dei dipendenti – vero e proprio (dichiarato) *leit motiv* del percorso riformatore del 2009 –, va segnalato il frequente ricorso a strumenti di selezione obbligatoria dei soggetti interessati dagli strumenti premiali, che se per un verso è destinato ad aumentare la competitività tra i dipendenti, per altro verso può incrementare la conflittualità all'interno dei luoghi di lavoro, a sfavore della produttività collettiva, che in effetti risulta perdente nel bilanciamento rispetto all'incentivazione della performance individuale (31).

Si tratta di un sistema caratterizzato da significativa rigidità, non bilanciata dai poteri di deroga conferiti alla contrattazione collettiva. Il contratto integrativo può infatti derogare, con un margine massimo di cinque punti, alla percentuale fissata dalla legge per la costituzione della fascia di merito alta, con compensazione nella composizione delle restanti fasce; al contempo, però, non è abilitato a modificare l'attribuzione delle risorse destinate al trattamento accessorio, che per metà spetta invero, *ex lege*, alla fascia alta. Viceversa la contrattazione integrativa può modificare sia la composizione percentuale delle altre due fasce (intermedia e bassa), sia la distribuzione tra le medesime delle risorse destinate al trattamento accessorio, fermo restando il confine costituito dall'ammontare delle somme disponibili.

Il legislatore subordina, inoltre, il riconoscimento dei premi legati al merito al rispetto delle disposizioni dettate in tema di misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*: l'ossequio di siffatte previsioni è anzi qualificato come «condizione necessaria» per la successiva erogazione dei premi (32). La legge vieta infine la distribuzione cd. «a

stampa con aggiornamenti, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 317; M. Esposito, *Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 174.

(31) P. Monda, *Obbligazione lavorativa e «performance» individuale del dipendente pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 669.

(32) C. Ogriseg, *La valutazione e la valorizzazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, I, p. 345.

pioggia» degli incentivi e dei premi collegati alla *performance* in carenza delle verifiche e delle attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione previsti dal d.lgs. n. 150/2009.

Il combinato disposto delle norme lascia intuire che attraverso di esse il legislatore cerchi, da un lato, di garantire effettività agli strumenti di misurazione e valutazione della *performance* e, dall'altro, di impedire ogni erogazione in assenza dei premi. Nel capo relativo alla premialità, infatti, i pur numerosi richiami al sistema di valutazione della *performance* individuale e collettiva sono accompagnati dal più pressante timore di distribuzione indifferenziata delle risorse, che viene ostacolata mediante il principio di attribuzione selettiva degli incentivi, alla cui disapplicazione vengono collegate specifiche conseguenze.

Più puntuale, sul piano tecnico, la disposizione che attribuisce carattere imperativo alle norme del Titolo III del d.lgs. n. 150/2009, assicurandone l'inderogabilità da parte della contrattazione collettiva in base al combinato disposto degli artt. 1419, comma 2, e 1339 cod. civ., che determina la sostituzione automatica delle clausole contrattuali nulle con le norme di legge derogate «a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore» del decreto.

La disposizione ripete, in realtà, quanto anticipato dal comma 3-*bis*, introdotto dal legislatore in chiusura dell'art. 2, d.lgs. n. 165/2001, che contempla il meccanismo di nullità parziale e sostituzione automatica delle previsioni della contrattazione collettiva con quelle imperative di legge come strumento a carattere generale. L'art. 29, d.lgs. n. 150/2009, si pone, pertanto, come norma speciale, in quanto inserisce un dispositivo a efficacia differita, destinato a tener conto delle previsioni contrattuali entrate *medio tempore* in vigore e finalizzato a evitare vuoti normativi in tema di salario accessorio finché non si va a regime.

Nell'insieme, tuttavia, il sistema non pare in grado di superare i limiti applicativi già incontrati dal previgente art. 40, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 (33), che non è riuscito a eliminare il «vizio» della distribuzione indifferenziata del salario accessorio. Va anzi sottolineato che questa discutibile modalità di assegnazione indiscriminata delle risorse finanziarie – con un'evidente eterogenesi dei fini rispetto all'introduzione degli strumenti di incentivazione – ha trovato talvolta negli stessi contratti nazionali più di una sponda di legittimazione, costruita anche,

(33) La norma è ora integrata per effetto di un'ampia novella normativa, che ha introdotto diversi nuovi commi: tra questi, il comma 3-*quinquies*, costruito sul sistema integrato nullità-sostituzione automatica delle cd. clausole difformi.

forse, sulla «inconfessabile» sfiducia, soprattutto, ma non solo, della parte sindacale, nei sistemi di valutazione e nelle capacità della dirigenza.

Punto dolente è, come sempre, l'efficacia delle conseguenze nel caso di violazione dei pur stringenti limiti fissati dalla legge e, quindi, nell'ipotesi tanto di distribuzione di trattamento accessorio e assegnazione di premi non collegati a un merito *valutato* e *misurato*, quanto di attribuzione indifferenziata dei medesimi, senza il rispetto del principio di selettività. In tal caso, infatti, qualora l'erogazione risulti già avvenuta, la previsione di nullità parziale delle clausole contrattuali e la sostituzione delle medesime con le disposizioni inderogabili di legge avrebbe una funzione sanzionatoria in senso lato, piuttosto che di incentivo alla realizzazione di prassi organizzative (e retributive) virtuose.

6. — Segue: ... *e in quelle di punizione* — Il rapporto tra principio di legalità ed efficienza organizzativa può essere esaminato, però, anche con riferimento a un ambito a prima vista del tutto, o quasi, indifferente a tale relazione: la materia della responsabilità disciplinare e quindi il legame tra legge, contratto e organizzazione quando è in gioco un inadempimento del dipendente.

In effetti, la connessione è sottolineata a chiare lettere proprio dal legislatore. Nel d.lgs. n. 150/2009, all'art. 67 – norma di apertura del Capo dedicato alle sanzioni, rubricata appunto «Oggetto e finalità» – si legge che le disposizioni in questione «recano modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche [...] al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo».

Il legislatore è dunque convinto, sì da individuarlo espressamente come finalità della novella, che un intervento in tema di responsabilità disciplinare – il quale, in coerenza con l'intero decreto, si caratterizza per un elevato tasso di eteronomia – sia in grado di «potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici» (34).

È stato rilevato come ne discenda «una filosofia di fondo che enfatizza il potere di irrogare sanzioni disciplinari nell'esercizio dell'azione organizzativa», sicché «l'esercizio del potere disciplinare non è visto tanto e solo come un effetto patologico nell'organizzazione del lavoro (perciò eccezionale), quanto come un fattore fisiologico dell'organizza-

(34) Circa questa intenzione di «riformare con le sanzioni», vd. le osservazioni di F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 399.

zione» amministrativa (35); prospettiva attraverso la quale si può cogliere la relazione che la legge istituisce tra potere disciplinare e implementazione della produttività degli uffici pubblici.

In ogni caso, nel 2009 il legislatore ribadisce, pur tra non poche contraddizioni (36), la contrattualizzazione della materia disciplinare (37). Appena tre anni dopo, però, il Parlamento introduce nel corpo del decreto 165/2001 una norma che sembra sottrarre alla fonte negoziale parte dello spazio che quest'ultima aveva conservato, per concederlo a una disciplina di matrice unilaterale e di grado, nella migliore delle ipotesi, secondario.

Il nuovo art. 54, d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dall'art. 1, comma 44, legge 6 novembre 2012, n. 190) (38), nel ridisegnare la figura e le funzioni del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, assegna a esso un'ambigua funzione di individuazione dei doveri del dipendente, laddove il successivo art. 55, comma 2, rinvia ai contratti collettivi per la determinazione tanto delle infrazioni che delle sanzioni disciplinari (39).

L'attribuzione alla contrattazione collettiva della materia disciplinare mal tollera, per la verità, una ripartizione di questo genere, per la quale, in buona sostanza, gli obblighi vengono individuati dal datore di lavoro, unilateralmente, al più all'esito della procedura «aperta alla partecipazione», mentre le sole sanzioni sono oggetto di un procedimento di negoziazione collettiva.

La linea fino ad allora adottata dal legislatore (e avallata dalla giuri-

(35) V. Bavaro, *Il potere disciplinare*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 223, secondo il quale: «In tal senso, l'organizzazione della p.a. appare più conformata sul controllo e sulla sanzione dei singoli dipendenti che sulla direzione e organizzazione dell'attività produttiva».

(36) Il riassetto delle fonti, tuttavia, non determina, *ex se*, ripubblicizzazione della materia. Di questo avviso anche R. Voza, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, I, p. 647, secondo il quale «neppure il sensibile restringimento dello spazio regolativo in precedenza riservato all'autonomia collettiva, in una materia indubitabilmente riconducibile alla sfera del rapporto di lavoro, vale a mutare la natura negoziale del procedimento disciplinare e del suo atto conclusivo – la sanzione – che non (ri)acquista la natura di atto amministrativo».

(37) S. Mainardi, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *q. Riv.*, 2010, I, p. 615; Id., *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 461.

(38) Sia consentito rinviare a U. Gargiulo, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, I, p. 751.

(39) V. Bavaro, *op. ult. cit.*, p. 216.

sprudenza) (40) è invero di una contrattualizzazione di entrambi i profili. Tra l'altro la contrattazione collettiva ha dato buona prova di sé proprio nella materia disciplinare (41), con uno sforzo – che non guasterebbe anche nel settore privato – di adeguamento dei prodotti negoziali al mutare dei contesti, sociali e organizzativi, nei quali sono chiamati a operare.

Ciò non significa che il datore di lavoro non possa autonomamente individuare e richiedere al dipendente, ai sensi del capoverso dell'art. 2104 cod. civ. (42), una serie di comportamenti che vadano a specificare l'esecuzione della prestazione alla quale il prestatore è contrattualmente tenuto. Il punto è che tali previsioni, per avere una rilevanza disciplinare, devono essere poi filtrate da una scelta negoziale che non attiene solo al profilo delle sanzioni, ma anche a quello, preliminare, di definizione – fosse pure per «aree» d'inadempimento – delle infrazioni; ambito nel quale le scelte e le indicazioni datoriali vengono «setacciate» dalla contrattazione collettiva.

Appare dunque preferibile, per assicurare una coerenza di sistema, continuare ad adottare siffatta prospettiva ermeneutica e considerare le condotte individuate dal codice quali *specificazioni esemplificative* di comportamenti disciplinarmente valutabili, assegnando a esse, dunque, il ruolo di parametri dal valore indiziario per l'applicazione di sanzioni collegate a clausole generali (43), senza sostituire o depotenziare pericolosamente (quanto a profili di garanzia del dipendente e di potenziale attrito con il principio di proporzionalità) la fonte negoziale d'individuazione delle condotte vietate (44).

(40) Per tutte: Cass. 3 marzo 2010, n. 5115, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2978; Cass. 14 ottobre 2009, n. 21796, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, II, p. 895; Cass. 29 marzo 2006, n. 7196, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1260; Cass. 16 gennaio 2006, n. 758, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 106; Cass. 4 ottobre 2005, n. 19366, in archivio web <http://www.iusexplorer.it/Dejure/Home>; Cass. 22 settembre 2005, n. 18626, in archivio web <http://www.iusexplorer.it/Dejure/Home>; Cass. 24 luglio 2003, n. 11506, in archivio web <http://www.iusexplorer.it/Dejure/Home>.

(41) V. Tenore, *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, I, p. 853.

(42) Un riferimento esplicito all'esperienza del codice di comportamento dei dipendenti pubblici si legge in C. Cester, M.G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007.

(43) S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, p. 1376.

(44) Anche in tema di responsabilità erariale è frequente il richiamo al codice di comportamento per l'identificazione degli obblighi di diligenza e imparzialità. Tra le altre: Corte dei conti, Regione Marche, Sez. giurisd., 9 luglio 2002, n. 658, in *Riv.*

Sia consentita ora una breve e (inevitabilmente) parziale conclusione.

La sintetica disamina di dettaglio condotta mi pare confermi la sensazione iniziale e spieghi l'uso di un titolo che potrebbe apparire, in qualche modo, «irriverente», a chiarire il punto di vista attraverso il quale si è inteso leggere l'attuale stato di salute del pubblico impiego: il tentativo, cioè – senza scomodare il sempre attuale invito di Luigi Mengoni (45) alla sintesi tra metodo problematico e metodo sistematico –, di tenere assieme la soluzione dei problemi specifici con l'esigenza di non devitalizzare le scelte di fondo della contrattualizzazione del lavoro pubblico, la cui persistente validità e vitalità non credo vadano poste in discussione.

L'aver scandagliato alcuni profili importanti – talora emblematici – della tellurica disciplina del lavoro pubblico ha dimostrato ancora una volta la necessità di sforzarsi costantemente, nell'interpretare ma, ancor prima (sarebbe auspicabile), nel generare le regole del sistema, di coniugare il principio di legalità con l'efficienza organizzativa, evitando, allo stesso tempo, che un ossequio acritico al primo determini la restaurazione di prassi amministrative delle quali non si avverte certo nostalgia; che il richiamo, talora generico e «ideologico», a prassi aziendalistiche importate senza alcun adattamento allontani, piuttosto che avvicinare, il conseguimento dell'efficienza organizzativa o, meglio, del buon andamento dell'attività amministrativa.

Corte conti, 2002, n. 4, p. 221; Corte dei conti, Sez. I, 8 maggio 2003, n. 131/a, in *Diritto e giustizia*, 2003, n. 31, p. 106; Corte dei conti, Regione Puglia, Sez. giurisd., 8 luglio 2003, n. 595, in *Riv. Corte conti*, 2003, n. 4, p. 124; Corte dei conti, Regione Puglia, Sez. giurisd., 7 ottobre 2005, n. 788, in *Riv. Corte conti*, 2005, n. 5, p. 124. Obiettivo di segno opposto è invece sotteso al rinvio al codice di comportamento talora operato dalla magistratura penale, funzionale a escludere la responsabilità del dipendente pubblico: vd., al riguardo, Cass. pen. 23 ottobre 2000, n. 3879, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2383; Cass. pen. 6 febbraio 2001, n. 16245, in *Riv. pen.*, 2002, p. 245; Cass. pen. 15 gennaio 2003, n. 7772, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2010. Riconosce, all'opposto, il dolo intenzionale nel reato di peculato, collegandolo alla violazione del codice, Cass. pen. 29 aprile 2009, n. 21165, in *Foro it.*, 2010, II, c. 156.

(45) L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3.