

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

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

ANNO LXIII - 2012 - N. 3

*Trimestrale
luglio-settembre 2012*

DIRETTA DA

Piergiovanni Alleva e Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*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, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattone,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero,
Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Madia D'Onghia, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo,
Alessandro Garilli, Enrico Gagnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti,
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari,
Mario Napoli, 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).

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 ottobre 2012

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

TEMA

Contrattazione di prossimità e art. 8 della legge n. 148/2011

Bruno Veneziani

Presentazione 453

Marco Barbieri

Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo interconfederale
del 28 giugno 2011 461

Giuseppe Ferraro

Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele
del diritto del lavoro subordinato 471

Piergiovanni Alleva

Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori 481

Alessandro Garilli

Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità 485

Franco Scarpelli

Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva
di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011 493

Andrea Lassandari

Il limite del «rispetto della Costituzione» 503

<i>Donata Gottardi</i>	
Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria	521
<i>Rita Sanlorenzo</i>	
Rapporto tra livelli contrattuali	
Derogabilità del contratto nazionale da parte del contratto di prossimità, anche nel caso in cui il contratto nazionale sia attuativo della legge	529
<i>Umberto Carabelli</i>	
I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia <i>erga omnes</i> dei contratti collettivi da esso previsti	539

SAGGI

<i>Adalberto Perulli</i>	
<i>Efficient breach</i> , valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna	561
<i>Mirko Altimari</i>	
Solidarietà e corresponsabilità nell'obbligazione contributiva di malattia	587

OSSERVATORIO EUROPEO

<i>Maria Dolores Santos Fernández</i>	
La riforma del diritto del lavoro in Spagna	615

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Diritti sindacali e accordi separati

<i>Alessandra Raffi</i>	
L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-Cgil	431

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre aprile-giugno 2012

Rapporto di lavoro 449

Sicurezza sociale 459

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Vincenzo Ferrante, Michele Bricchi

Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza 463

RAPPORTO DI LAVORO

*Silvia Assennato*Quando il collocamento sbaglia mira: sulla risarcibilità del danno da mancata assunzione di soggetti obbligatoriamente avviati
(Cassazione, 16 maggio 2012, n. 7637, Sez. lav., ord.) 487*Filippo Aiello*L'indennizzo ex art. 32 del Collegato lavoro tra giurisprudenza e interventi legislativi
(Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav.
Corte d'Appello Roma, 2 febbraio 2012, n. 267, Sez. lav.
Corte d'Appello Torino, 20 dicembre 2011, n. 1519, Sez. lav.
Tribunale Velletri, 1° marzo 2012, Sez. lav.) 493*Susanna Ferrario*Valutazione dei rischi, specificazione della ragione sostitutiva e conseguenze sulla legittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro
(Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav.
Tribunale La Spezia, 28 maggio 2012, ord.) 509*Federico Siotto*Licenziamento illegittimo del dirigente e diritto di critica
(Cassazione, 23 marzo 2012, n. 4707, Sez. lav.) 518

Gianni Mignone
Dall'ingerenza dell'associato «nella gestione» a quella
«nell'associazione»: la Cassazione corregge il tiro,
ma non a sufficienza
(*Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.*) 526

Giuseppe Cannati
Abuso del contratto a tempo determinato,
indennità *ex art.* 32, legge n. 183/2010
e risarcimento del danno non patrimoniale
(*Corte d'Appello Brescia, 13 dicembre 2011, Sez. lav.*) 536

Carlo Lanzinger
La tutela del credito da lavoro negli appalti
con il committente pubblico
(*Corte d'Appello Trento, Sezione distaccata di Bolzano,*
30 novembre 2011, Sez. lav.) 547

Venera Protopapa
La discriminazione per associazione e le conseguenze
del comportamento discriminatorio
(*Tribunale Brescia, 31 gennaio 2012, Sez. III, ord.*) 555

Giorgio Desto
Età pensionabile delle ballerine e discriminazione
sulla base del sesso
(*Tribunale Verona, 2 dicembre 2011, Sez. lav.*) 566

Milena Talarico
Modalità di applicazione del provvedimento d'urgenza
(*Tribunale Bari, 9 giugno 2011, ord.*) 573

DIRITTO SINDACALE

Vincenzo Bavaro
Art. 8 della legge n. 148/2011 e questioni giurisprudenziali
sull'aziendalizzazione
(a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)
(*Tribunale Torino, 23 gennaio 2012*) 579

Enrico Maria Terenzio

Il difficile equilibrio tra le fonti regolative del rapporto di lavoro
alle dipendenze della p.a. dopo la riforma Brunetta

(Tribunale Velletri, 27 settembre 2011, Sez. lav.)

590

SICUREZZA SOCIALE

In tema di retribuzione utile ai fini del premio di servizio
(dei direttori generali Asl)

(Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n. 119)

601

Antonio Federici

L'indennizzo delle conseguenze irreversibili
da vaccinazioni non obbligatorie

(Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107)

Tribunale Rimini, 15 marzo 2012, n. 148)

604

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ E ART. 8 DELLA LEGGE N. 148/2011 (*)

Bruno Veneziani

PRESENTAZIONE

1. — Era il 1978 quando G. Lyon-Caen dalle colonne di *Le Monde* avvertiva che il diritto del lavoro, non solo francese, aveva imboccato la strada del suo «*effondrement*» (*Le Monde*, 31 ottobre 1978) e paventava il rischio per la democrazia di un ritorno al «capitalismo selvaggio» tipico del diciannovesimo secolo. Ancora una volta il diritto del lavoro si trovava ingabbiato nella coppia degli opposti che hanno contaminato il suo percorso formativo oscillante tra l'etica del mercato degli affari e quella della uguaglianza e della democrazia per e sul lavoro. Tanto bastava perché quella coppia ne evocasse un'altra, diritto privato-diritto del lavoro, che ha nutrito le origini e le vicissitudini di quest'ultimo come disciplina scientifica, la cui dipendenza dai canoni del primo, notava qualche tempo dopo un alto magistrato della Cassazione francese, veniva vissuta con insofferenza (M. Aydalot, *Discours solennel de rentrée de la Cour de Cassation, 3 janvier 1975*, citato in Y. Dezalay, *Le droit du travail mis en question*, in *Le Monde diplomatique*, novembre 1979, p. 2). A più di trent'anni di distanza, in Europa e in Italia a partire dal 2008 a oggi, quelle coppie hanno conservato la loro identità ed efficacia conformante la ideologia del legislatore. Certo è diversa la morfologia delle variabili economiche (crisi finanziaria, oggi, e non solo tecnologico-produttiva, come negli anni settanta-ottanta) e delle aree del diritto del lavoro investite (oggi tutte: rapporto individuale, welfare a esso collegato e relazioni collettive), su cui incide pesantemente l'attivismo della politica. Certo, nella storia dei paesi europei emersi dalle rovine della seconda guerra mondiale la frattura nella «microdiscontinuità» normativa, che aveva rappresentato la costante evolutiva del diritto del lavoro dalle origini fino al 1945 (U. Romagnoli, voce *Diritto del lavoro*, in *Enc.*

(*) I contributi qui pubblicati costituiscono ampie rielaborazioni degli interventi effettuati in occasione di una tavola rotonda sul tema tenutasi a Roma il 27 aprile 2012.

dir., *Annali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 432), si era consumata tardi, grazie all'avvento delle grandi Costituzioni dei paesi ritornati alla democrazia come Italia, 1948, Germania, 1949, Francia, 1958. Lì c'era, e c'è tuttora, il decalogo dei valori che avrebbero dovuto ispirare anche il diritto del lavoro, quali l'uguaglianza, la libertà, la dignità, la giustizia sociale, assunti a contenuti dei diritti i politici, civili, economici e sociali.

Oggi più che mai ci si può chiedere se quella «rivoluzione promessa» si sia compiuta e se nel nostro paese la coerenza ai valori del *bill of right* italiano, che ha dimensioni e articolazioni più puntuali a fronte di quelli coevi, sia stato il tratto distintivo del riformismo legislativo in materia di lavoro. L'omaggio alla ispirazione dei «padri fondatori» del 1948 si sarebbe dovuto esprimere nell'attribuzione al lavoratore subordinato di uno status di cittadinanza che lo affrancasse dai vincoli contrattuali troppo stretti del passato. Qualche conato riequilibratore della asimmetria di posizioni connaturata al rapporto di lavoro c'era stato, ma atteneva a un istituto specifico quale il licenziamento (la legge n. 604 del 1966). Ma mancava una normativa di ampio respiro che sottolineasse come un diritto che si rispetti debba cogliere la specificità dell'interesse individuale/collettivo che fa capo al lavoratore quando varcando i cancelli della fabbrica non smette l'abito del cittadino.

Lo ha fatto lo Statuto dei lavoratori nel 1970, nella cui architettura giuridica ho sempre ravvisato una dimensione kantiana (l'etica della dignità del cittadino operoso) e hegeliana (l'etica della solidarietà interna al conflitto e alla rappresentanza a cui si affida la sua composizione). Era dunque tutto qui il Dna del lavoro e il riconoscimento della sua natura di diritto di chi spende le sue energie in ogni tempo e luogo.

2. — Ma già con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 lo scenario muta e assume a oggetto la nozione di rapporto di lavoro le cui maglie si allargano oltre il prototipo classico del lavoratore subordinato *full-time*, a cui si affiancano tutt'altre figure allo stesso alternative. È la flessibilità in entrata richiesta dal mercato della produzione di beni e servizi. Con il suo bagaglio di tutele pressoché inesistenti rappresenta il sintomo della «fuga dal diritto del lavoro», diremo, classico-garantista. La riforma, tuttavia, interessa una porzione, per quanto consistente, di norme: cioè quelle che occupano alcuni dei capitoli dei manuali della nostra materia. Ma esse sono sufficienti per poter dire che inizia la *macrodiscontinuità* nell'applicazione dei parametri costituzionali in direzione opposta al senso di marcia imboccato dalla idea del lavoratore quale «cittadino» *uti singulus* e al contempo partecipe di una comunità di compagni.

La riforma varata nel 2012 con l'art. 8 è, indipendentemente dal giudizio che di esso si può dare, il secondo e più importante modello riformatore del diritto del lavoro del periodo post-costituzionale. È figlia di quel pensiero unico secondo cui è nel mercato esterno all'impresa che si consuma il dramma della disoccupazione; esso solo è il terreno di coltura della condivisione dei sacrifici tra chi ha il posto e chi vi è escluso. E ne deriva il corollario secondo cui il dramma è curabile con la terapia della flessibilizzazione normativa o ri-regolazione delle tutele degli occupati, che non induce la loro abolizione totale ma un loro ridimensionamento o riduzione. E questo obiettivo va conseguito investendo l'autonomia collettiva del compito di farsi portatrice di una missione salvifica nel nome di un interesse pubblico generale alla compatibilità e sostenibilità del sistema produttivo.

È accaduto qualche volta in passato. Ma in una prospettiva che non alterava gli equilibri endogeni alle regole elaborate dalla «autonomia collettiva», la quale oggi si vede inserita dalla «eteronomia» statale in un'armatura normativa che tocca, alterandolo, il patrimonio genetico costituzionale che ne ha sorretto gli sforzi e il cammino.

Non solo; ma l'impeto riformista del potere pubblico mira, consapevolmente, ad alterare gli equilibri faticosamente raggiunti dallo stesso sistema delle relazioni industriali, se è vero che, come diceva O. Kahn-Freund, il diritto sindacale detta le regole della dislocazione del potere sia all'interno della società (O. Kahn-Freund, *The Labour and the Law*, Stevens and Sons, London, 1972, cap. 1), attraverso la dialettica tra poteri pubblici e poteri sociali privati, che nella stessa dinamica intersindacale ed endoassociativa. Ed è da qui che bisogna partire.

La problematica complessità che scaturisce dall'intreccio e dal mancato coordinamento tra più fonti legislative (art. 8 della legge n. 148/2011 e art. 19 dello Statuto) e contrattuali (l'Accordo interconfederale del 2011) è il primo di una serie di snodi teorici che vanno affrontati. Esso investe dunque la stessa identità e funzionalità delle istituzioni rappresentative dei lavoratori in azienda in un sistema finora abbastanza lineare, basato cioè sul canale unico di rappresentanza. Quest'ultimo è sempre stato un «nervo scoperto» dell'associazionismo sindacale, specie nei periodi di crisi, quando si manifestano spinte centrifughe. E le difficoltà aumentano se il legislatore legittima queste spinte e forza la mano rendendo innaturale la dialettica endoassociativa. A tacere d'altro, i problemi di costituzionalità dell'art. 8 poggiano sul raffronto con l'art. 19 dello Statuto, sull'idea che la riforma rafforzi la posizione di supremazia del datore di lavoro, in grado persino di scegliersi l'interlocutore

contrattuale. Ci si dovrà chiedere anche se non sia ancora più chiara l'incostituzionalità dello stesso art. 19, nella misura in cui la sottoscrizione di un accordo è il mezzo per godere dei diritti sindacali e assumere la titolarità di poteri derogatori con efficacia generale. Si aggiunga che nella logica della riforma viene promossa la finalizzazione della contrattazione collettiva privatistica a un interesse generale pubblico. Il fenomeno non è nuovo. È apparso nel nostro sistema all'inizio degli anni settanta, a ridosso di un contesto economico recessivo successivo alla prima crisi petrolifera, quando gli accordi collettivi stipulati dalla Fiat per gli investimenti nel Sud furono accolti con interesse perché costituivano un esempio di «responsabilità sociale della impresa». E non comportavano una riduzione delle prerogative del sindacato né della autonomia sostanziale e procedurale del processo contrattuale.

Ma oggi la finalizzazione viene concepita dalla legge in un contesto drammaticamente recessivo e collegata a materie attinenti alla occupazione e ai contenuti del contratto individuale di lavoro e, per di più, *derogabili in peius* dalla contrattazione collettiva aziendale (e territoriale) (comma 1). La verità è che nel caso degli accordi degli anni settanta la legge poteva «leggarsi» come funzionale al sostegno delle intese tra i poteri sociali, ma oggi quella ipotesi di «lettura» non è più proponibile in quanto interamente sconvolto, e non soltanto in Italia, il modello emergente si pone in controtendenza rispetto alle indicazioni della Unione europea che auspica sì un decentramento negoziale prossimo all'azienda, ma non necessariamente in funzione di deroga peggiorativa degli *standard* costituzionali di ciascun paese (B. Veneziani, *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i social partners?*, in *q. Riv.*, 2011, I, p. 243; Idem, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *q. Riv.*, 2006, I, pp. 471 ss.).

I profili di incostituzionalità dell'art. 8 investono in radice anzitutto la sua stessa filosofia ispiratrice, che sembra porsi in rotta di collisione con l'art. 39 della Costituzione, comma 1, e con il significato da esso acquisito in più di sessanta anni di vita. È una censura che, infatti, sottolinea la frammentazione sindacale e la inflazione rappresentativa che l'art. 8 sembra consentire e l'art. 19 promuovere. Per non tacere del fatto che la funzione derogatoria, e per di più *in peius*, può attivare normative differenziate per territorio e per impresa a fronte della *ratio* perequatrice e uniformatrice sottostante al contratto nazionale di lavoro a cui si riferirebbe l'art. 39.

Il modello dei rapporti tra eteronomia e autonomia collettiva degli anni duemila è nel segno dell'arretramento della prima rispetto alla se-

conda, o per meglio dire del suo compito di cornice e delega di compiti ai poteri privati collettivi. A ridosso della crisi finanziaria, oggi, l'equilibrio si sposta ribaltando la primazia della contrattazione, che resta un protagonista abilitato a muoversi su binari inconsueti per la sua vocazione ugualitaria. Ma la comparazione ci rivela come essa possa interpretare il suo ruolo con discrezione, in contesti economici più che drammatici, come in Spagna, ove peraltro il diritto di contrattazione collettiva è iscritto nella sua Costituzione e non ricavato come corollario del diritto di associazione sindacale. (J.R. Lamas, A.L. de Val Tena, *Il diritto alla contrattazione collettiva: riconoscimento costituzionale e garanzie legali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 651). Ma la riforma spagnola del 2011 si è mossa nel segno dei principi costituzionali, rispettando l'autonomia collettiva e consentendo la derogabilità *in peius*, ma all'interno di una cultura dell'osservanza dei valori costituzionali e, sembra, solo per un ventaglio di materie limitato come salario e orari. (J. Cruz Villalon, *Testo e contesto della riforma spagnola della contrattazione collettiva del 2011*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 233 ss.). Non così nell'art. 8.

Un ulteriore snodo cruciale tocca la sostanza del rapporto di lavoro e il contenuto del contratto, che qui da noi riceve a gocce o a torrenti le norme dettate dal legislatore, dalla giurisprudenza o dall'autonomia collettiva. Esso attiene all'area di intervento della contrattazione collettiva di prossimità. Il legislatore disegna gli istituti del rapporto di lavoro sui cui le parti sociali possono esercitare la volontà di deroga sia al contratto nazionale che alla legge. È una modifica della struttura e della sostanza del contenuto del contratto.

Resta da dipanare la nebbia che avvolge il catalogo delle materie e ancor più i margini dell'ampiezza della deroga peggiorativa.

Il contratto individuale di lavoro è indubbiamente inquadrato negli schemi del diritto privato, ma gli istituti negoziati rientrano nel cono di luce della complessa gerarchia delle fonti che lo sovrastano. La legislazione protettiva degli anni settanta e le norme costituzionali restituiscono la immagine di un rapporto di lavoro permeato di valori costituzionali che, insieme alle garanzie comunitarie e internazionali, circoscrivono il perimetro invalicabile della inderogabilità.

Insomma, bisogna essere certi che l'assenza di argini alla derogabilità può mettere in discussione il principio della indisponibilità del tipo contrattuale come prefigurato dal diritto nazionale e sovranazionale. In questa prospettiva, l'interprete viene chiamato a confrontarsi con i principi costituzionali della libertà di impresa (art. 41, comma 2) e il diritto al lavoro (art. 4). Tra questi due «canoni irreversibili» devono

muoversi i negoziatori nell'esercitare, nei rispettivi ambiti territoriali di prossimità, i poteri derogatori secondo i parametri della necessità, proporzionalità e adeguatezza.

Direi che l'esercizio interpretativo dell'interprete, nel caso di controversia sulla legittimità di una deroga troppo intensa e spregiudicata, è ricercare quel il nucleo «etico» di ogni norma che non è tangibile senza snaturare il significato stesso della tutela ivi contemplata. Insomma è questa la nuova missione del giurista del lavoro: cominciare cioè a riflettere su quella nozione di «contenuto essenziale del diritto» verso cui spinge la Carta dei diritti fondamentali della Ue (art. 52, comma 1).

3. — Il quadro di riferimento a cui riportare correttamente la esegesi dell'art. 8 è ampio, e in più valica i confini nazionali. Lo stesso comma 2-*bis* descrive il perimetro di legittimità delle deroghe formato dall'ordinamento costituzionale, da quello della Unione europea e dalle «convenzioni internazionali». Quest'ultima appare una espressione approssimativa e generica, e meglio sarebbe stato utilizzare il termine tecnico di «fonti» internazionali. La parola «convenzioni» sembra indicare le sole Convenzioni Oit, in questo caso escludendo altri atti normativi rilevanti nella dimensione europea, quale, ad esempio, la Carta sociale europea. Ove così fosse, vale la pena ricordare al distratto legislatore italiano che l'art. 6 del Trattato dell'Unione europea varato a Lisbona conferisce alla Carta dei diritti fondamentali della Ue valore giuridico pari a quello dei Trattati, e inoltre ingloba anche il riferimento alla Convenzione europea della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950. Il Preambolo del medesimo Trattato della Ue ne «conferma l'attaccamento» alla Carta Sociale europea del 1961 e alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989. *Ad adiuvandum* va ricordato che secondo la Corte di Giustizia la Convenzione europea dei diritti umani contiene norme «non negoziabili», quindi assolutamente inderogabili. Lo dimostra la storia degli interventi della Corte di Giustizia sulle clausole della contrattazione collettiva ritenute nulle in quanto lesive del diritto fondamentale all'uguaglianza. Fin dove potranno spingersi le deroghe contrattate collettivamente in azienda alla normativa europea sui contratti a termine, sulla tutela della privacy o sull'orario di lavoro, tanto per ricordare alcuni esempi, quando proprio la Corte di Giustizia sottopone al severo scrutinio della Carta dei diritti fondamentali della Ue anche le Direttive europee? Una eventuale decisione di annullamento della norma del contratto aziendale inciderà

sulla autonomia contrattuale? Potrà il contratto nazionale intervenire a sanare la nullità?

4. — Sembra evidente, dunque, che il modello proposto dall'art. 8 presenti un'alterazione totale delle regole del gioco che hanno governato, dagli anni settanta in poi, i rapporti tra legge e contrattazione collettiva costruiti in chiave di valorizzazione della capacità delle stesse di farsi creatrici di equilibri tra interessi tradizionalmente e strutturalmente configgenti. Ma il legislatore, con la eccezione del settore del lavoro pubblico, non si era mai spinto oltre la indicazione di una cornice legislativa non invasiva della struttura (i livelli, gli attori), dei contenuti (le materie, gli istituti) e degli obiettivi (la finalità) della negoziazione collettiva. Oggi la sovrapposizione della eteronomia sulla autonomia è totale, tanto da far sì che lo stesso ordinamento intersindacale ne risulti alterato in tutti i suoi profili: negoziatori, materie concordate, livelli contrattuali e loro efficacia soggettiva.

Gli effetti del mutamento del nuovo modello si scaricano sulle spalle degli interpreti chiamati a verificarne la compatibilità costituzionale – art. 39, anzitutto – e a rivisitare gli orientamenti giurisprudenziali che, in tema di rapporti tra il contratto nazionale e quello aziendale in deroga, avevano corroborato con il ricorso alla razionalità formale e sostanziale l'unitarietà dell'ordinamento intersindacale.

Così meritavano rispetto gli sforzi di quei giudici che ricercavano affannosamente la coesione tra norme concordate a livelli diversi dell'edificio contrattuale. Per quanto il compito fosse difficile, essi erano abituati alla diversità regolativa per così dire «verticale» tra norme gerarchicamente preordinate (livello nazionale *versus* aziendale). Oggi si trovano di fronte alla dinamica «orizzontale» con effetti per di più retroattivi. Infatti, il comma 3 dell'art. 8 attribuisce efficacia *erga omnes* anche ai contratti stipulati prima della legge. La delicatezza dell'impegno delle Corti di merito è sottolineata dagli ammonimenti della Corte Costituzionale italiana, secondo la quale la norma retroattiva deve trovare ragionevoli cause giustificatrici e «non si deve porre in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti» (Corte Cost. 11 giugno 1999, n. 229, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2145).

5. — Il «catalogo costituzionale» resta dunque oggi più che mai il parametro di tollerabilità democratica dell'ordinamento giuridico del lavoro nel nostro paese. Certo il modello proposto dal legislatore del 2011 non è l'unico in Europa, ma la comparazione rischia di esser

fuorviante, se si pensa che omogeneità della *ratio legis* e identità di istituti bastino ad avvalorare l'esistenza di un trend uniforme e di una verità provata e assoluta. Le somiglianze si svelano illusorie, se sono difformi i contesti e i meccanismi normativo-istituzionali.

La legge francese Fillon del maggio 2004 ha introdotto il modello della deroga della legge da parte del contratto collettivo di azienda simile a quello italiano, indebolendo così «considerevolmente la gerarchia delle norme e il principio del *favor* del lavoratore», che secondo il *Conseil Constitutionnel* «è sì un principio fondamentale del diritto del lavoro ma non riconosciuto dalle leggi della Repubblica», e come tale «sprovvisto di valore costituzionale» (J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, XXIII ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 135 e 910).

Ma la Costituzione francese della Seconda Repubblica, in effetti, non presidia il lavoro con un *corpus* di norme simile a quello rintracciabile nella nostra tra il Titolo I sui Principi fondamentali e il III sui Rapporti economici, al cui interno è possibile comporre un microsistema coeso e coerente a presidio della dignità sociale (art. 3), del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35 Cost.) e della solidarietà tra lavoratori (artt. 39 e 40). È su questo terreno che va esercitato il dibattito intellettuale, e a fronte delle sfide che esso deve affrontare.

Marco Barbieri (*)

IL RAPPORTO TRA L'ART. 8 E L'ACCORDO INTERCONFEDERALE DEL 28 GIUGNO 2011

Il tema che mi è stato affidato dagli organizzatori della Tavola rotonda riguarda il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo del 28 giugno 2011.

Naturalmente, essendo controversi gli effetti giuridici dell'uno e dell'altro, questo comporta un minimo di ricostruzione tecnica di entrambi, nei limiti entro i quali questo condiziona il rapporto che si può venire a creare tra i due oggetti dell'analisi.

Anche perché concordo con Veneziani: il fatto che l'art. 8 compaia anche nelle motivazioni di una serie di interventi giurisprudenziali dimostra che si tratta di una norma in vita.

La prima cosa che occorre esaminare è cosa abbiano in comune – se hanno qualcosa in comune – e cosa invece di differente o addirittura di contrastante.

Ebbene, non credo si possa negare che – al di là delle strumentalità di alcune posizioni di parti politiche e sociali – un elemento comune vi sia.

In entrambi i casi, infatti, si legittima uno spostamento di potere regolativo dei rapporti tra capitale e lavoro dal livello del contratto collettivo nazionale di categoria a quello aziendale.

Nell'Accordo del 28 giugno, questo si traduce nell'affidamento al contratto nazionale della regolazione di questo spostamento «a regime», giacché i contratti collettivi aziendali – precisa il punto 7 dell'Accordo interconfederale – «possono definire anche in via sperimentale e temporanea» (e dunque, anche in via definitiva) «specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro», *ma* «nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro». La situazione ordinaria, dunque, sembra prefigurare un allargamento delle funzioni regolative del contratto aziendale a detrimento di quello nazionale – vanificando in parte la dichiarazione del

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Foggia.

punto 2 dell'Accordo interconfederale, per il quale «il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale» –, ma pur sempre mantenendo il controllo del contratto nazionale sul grado (in linea di principio non limitato) della propria derogabilità da parte del livello aziendale.

Tuttavia, nello stesso Accordo del 28 giugno si prevede, a fianco a quello ora sinteticamente richiamato, un altro meccanismo che ugualmente conferisce al contratto aziendale poteri derogatori rispetto alle previsioni del livello nazionale; meccanismo alternativo che sfugge a tale garanzia, sostituendola – nel caso in cui limiti e procedure per la deroga non siano previsti dal contratto nazionale e «in attesa che i rinnovi definiscano la materia» (qui il plurale «rinnovi» fa intendere che non si tratti di una previsione transitoria destinata a cessare con il primo successivo rinnovo del Ccnl, ma di una previsione stabile, che cessa solo quando in qualche successivo rinnovo sia disciplinata la fattispecie della deroga a livello aziendale) – con le garanzie alternative della seconda parte del punto 7 dell'Accordo interconfederale:

1) che il contratto collettivo aziendale derogatorio sia limitato per materia (prestazione lavorativa, orari, e organizzazione del lavoro);

2) che sia limitato per finalità (gestire situazioni di crisi, o in presenza di investimenti significativi);

3) soprattutto, che i soggetti legittimati siano in questo caso le rappresentanze sindacali operanti in azienda «d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente Accordo interconfederale». A me pare chiaro – anche se su questo ci sono opinioni difformi in dottrina – che si tratti di ottenere il consenso di *tutte* le organizzazioni sindacali; tuttavia il testo si presenta difettoso sotto il profilo di una più precisa individuazione dei soggetti legittimati: che vuol dire le rappresentanze sindacali «operanti in azienda», se in altri passi del medesimo Accordo interconfederale (punto 5, due volte) si parla invece di «rappresentanze sindacali aziendali costituite ex art. 19 della legge n. 300/1970»? Che vuol dire «le organizzazioni sindacali territoriali»: di categoria o confederali? Io credo che nel secondo caso si debba lasciare campo libero alle prassi interpretative delle stesse parti sindacali, mentre per il primo quesito propenderei per ragioni letterali verso la necessità del consenso delle rappresentanze sindacali operanti in azienda anche se non costituite ai sensi dell'art. 19.

Debbo ora passare, altrettanto sinteticamente, all'esame dell'art. 8, legge n. 148/2011.

La norma prevede anch'essa la derogabilità da parte del contratto collettivo aziendale delle previsioni dei contratti collettivi nazionali, ma la allarga anche alle norme di legge (comma 2-*bis*). Su questo punto, e sugli innumerevoli problemi anche di legittimità che a questo sono connessi e che sono stati oggetto di molta attenzione in dottrina, non spetta a me intervenire ora.

Mette conto rilevare, invece, che anche in questo caso la derogabilità del contratto nazionale è limitata per materia nel comma 2, ma con una tale latitudine di contenuti – si pensi al riferimento della lettera *e* alla «disciplina del rapporto di lavoro», per quanto ci si sforzi di restringerne il significato – da porre in dubbio che il comma stesso abbia una reale funzione limitante, salve le pochissime eccezioni ivi previste, e consistenti nei casi del licenziamento discriminatorio o per matrimonio, gravidanza o congedo parentale.

Ancora alquanto differente dalle previsioni dell'Accordo interconfederale sopra richiamate è la disposizione dell'art. 8, comma 1, la quale individua i soggetti legittimati alla stipulazione del contratto collettivo avente potere derogatorio: innanzitutto nelle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma anche in quelle che lo siano su un indefinito piano territoriale, potenzialmente ritagliabile *ad libitum*, essendo la definizione dell'unità contrattuale una delle manifestazioni più pregnanti dell'autodeterminazione dell'interesse collettivo garantita costituzionalmente dall'art. 39.

Di conseguenza, i contratti territoriali, tradizionalmente estranei all'industria manifatturiera (sebbene non all'edilizia), e pertanto ignorati nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, sono invece previsti come equivalenti a quelli aziendali dalla norma di legge, che naturalmente ha un campo di applicazione illimitato.

Ulteriori soggetti legittimati a stipulare contratti collettivi derogatori di quello nazionale sono poi le «loro» (cioè delle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale: è infatti evidente che una Rsa legittimamente costituita *ex art.* 19 ma che non sia aderente a una organizzazione comparativamente più rappresentativa non sia titolare di alcun potere a negoziare contratti collettivi derogatori, il che rileva per esempio in Fiat) «rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti»: anche qui, è evidente la differenza con le previsioni dell'Accordo interconfederale, che fa riferimento solo alle Rsu (punto 4) o alle Rsa *ex art.* 19 Stat. lav. (punto 5), o infine alle «rappresentanze sindacali operanti in azienda» (punto 7). La giurisprudenza,

come dirò, ne ha tratto conseguenze controintuitive ma estremamente interessanti.

Altrettanto diverse dalle disposizioni dell'Accordo interconfederale sono quelle dell'art. 8 in materia di finalità alle quali è formalmente condizionata la facoltà derogatoria del contratto aziendale, del tutto genericamente e onnicomprensivamente indicate al comma 1.

Orbene, a me pare che Accordo interconfederale e art. 8 abbiano in comune, come ho detto, una cultura che porta a ritenere necessario spostare risorse regolative verso il livello aziendale. Vi è da chiedersi il perché ciò accada. La sollecitudine verso un allargamento dello spazio dei contratti collettivi aziendali è fenomeno periodico nel nostro paese (basterebbe rinviare alle belle pagine che scrisse Tiziano Treu quarant'anni fa sulla Cisl degli anni cinquanta), ma la novità che mi pare emerga in questa fase è che lo scopo di questo allargamento non è altro – come si legge inequivocabilmente nei documenti dell'Ue – se non l'adeguamento dei salari alla dinamica della produttività, assumendo la perdita di competitività dell'economia italiana come dipendente dall'impossibilità di diminuirli o farli stagnare abbastanza a lungo da eroderne significativamente il valore reale.

Lo spostamento della contrattazione verso la sede aziendale, peraltro, si coniuga, talvolta dichiaratamente, alla singolare idea – espressa anche nella dottrina più incline a giustificare l'art. 8 – che le relazioni industriali possano essere in qualche modo finalizzate alla competitività aziendale, negando in radice la ragionevole idea che la fissazione di standard sovraziendali possa contribuire a fare pulizia nel mercato, eliminando le imprese inefficienti in grado di competere temporaneamente solo attraverso la compressione delle condizioni economiche e normative del lavoro. Vi è chi ha scritto che questa funzione potrebbe essere assolta solo in economie chiuse, ma la critica a questa impostazione sarebbe qui troppo lunga da svolgere.

Va comunque detto che la tendenza ad assecondare il peggioramento di tali condizioni non è solo italiana, né solo di oggi, giacché ha precedenti importanti non solo nella cd. contrattazione di riallineamento e nella normativa che la legittimò (sul fallimento della quale ho avuto occasione di intrattenermi in altro luogo), ma anche – e malgrado molte cautele – nell'art. 18 del Ccnl chimici del 9 maggio 2006. E non va dimenticato che nella saltuaria e non coerente giurisprudenza di legittimità sui rapporti tra i contratti collettivi di diverso livello, ancora recentemente la Cassazione (18 maggio 2010, n. 12098) ha ritenuto che in caso di concorso tra discipline contrattuali collettive, nazionale e

aziendale, il loro concorso vada risolto «non secondo i principi della gerarchia e della specialità propria delle fonti legislative, bensì accertando quale sia l'effettiva volontà delle parti, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutte pari dignità e forza vincolante».

Quel che differenzia la situazione attuale è che, nella crisi duratura che attraversiamo, l'idea di contribuire alla salvaguardia dell'occupazione attraverso una temporanea compressione del costo di lavoro a livello aziendale appare non solo del tutto infondata, ma anche foriera di catastrofici effetti imitativi.

Dunque, nel quadro attualmente esistente, questo mutamento di baricentro del sistema contrattuale ha come unico scopo reale la riduzione dei salari e il peggioramento delle condizioni di lavoro: piani rispetto ai quali – al netto di ogni considerazione di tattica politica e sindacale che possa ragionevolmente indurre a comportamenti opposti – ogni organizzazione sindacale dovrebbe esprimere ferma resistenza.

In tutto quel che non sia adesione o rassegnazione a questo scopo improvvido, le previsioni dell'Accordo interconfederale e quelle dell'art. 8 sono differenti, come si è visto pur in estrema sintesi.

Posso quindi passare all'esame del rapporto esistente tra le une e le altre – o, meglio, delle reciproche interferenze.

Innanzitutto, bisogna considerare l'Intesa applicativa del 21 settembre, con la quale le parti stipulanti l'Accordo interconfederale hanno concordato che «le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti». Si chiarisce poi che non solo le parti stipulanti si impegnano a osservare l'Accordo interconfederale del 28 giugno, ma anche a farlo osservare alle rispettive strutture.

Dal punto di vista dell'ermeneutica contrattuale, questo significa che le strutture delle organizzazioni firmatarie (dunque, l'insieme del sistema confindustriale) osserveranno le previsioni dell'Accordo del 28 giugno in tema di limiti, soggetti e procedure delle deroghe aziendali alle previsioni dei contratti nazionali, e non adopereranno a tale scopo le norme, molto più permissive, dell'art. 8.

Ma, va sottolineato, la previsione è chiara nel senso del vincolo esclusivamente nei confronti delle organizzazioni di Confindustria, e non delle aziende, neppure se aderenti a Confindustria, le quali dunque, senza l'assistenza delle prime, ben potrebbero validamente stipulare contratti aziendali derogatori nelle più larghe maglie dell'art. 8 anziché in quelle dell'accordo, essendo ben noti i limiti di giustiziabilità del dovere di influenza anche fra le stesse parti stipulanti.

Il tutto, a tacere della ricorrente incertezza sulla portata di clausole di questo genere, che almeno nella formulazione dell'Intesa applicativa del 21 settembre appaiono chiaramente avere funzione obbligatoria e non normativa.

Peraltro, è appena il caso di ricordare che ovviamente l'Intesa applicativa del 21 settembre non tocca minimamente il diritto della stessa Confindustria di promuovere presso i propri associati la stipulazione di contratti collettivi territoriali o aziendali che derogano alle previsioni di legge; tema del tutto estraneo, come era inevitabile, alle disposizioni dell'Accordo interconfederale, introdotto appunto solo con l'art. 8, e non affrontato nell'intesa applicativa.

Così delimitati senso ed effetti giuridici dell'intesa applicativa, credo si possa dire che valutazioni ottimistiche, nel senso dell'inutilità sopravvenuta dell'art. 8, appaiono purtroppo inappropriate, quand'anche fossero riferite alla sola industria.

E dunque, il tema del rapporto tra Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8, legge n. 148/2011, resta fondamentale nella tumultuosa fase attuale della disciplina giuridica delle relazioni industriali in Italia.

E a tal proposito mi pare difficile sfuggire all'impressione che l'art. 8 abbia neutralizzato – intenzionalmente – quel poco o quel tanto di garanzie che, in un processo di legittimazione della contrattazione a perdere, l'accordo conservava, pur con tutte le ambiguità e le criticità che sono state ampiamente discusse in dottrina (anche da me), e abbia voluto impedire gli effetti di relativa stabilizzazione che avrebbe forse potuto avere sulle relazioni sindacali terremotate dall'offensiva antiope-raia del Governo all'epoca in carica.

E tuttavia, poiché l'eterogenesi dei fini è una caratteristica non nuova delle norme giuridiche, occorre ricordare che la definizione dei soggetti legittimati ai contratti derogatori – differente da quella contenuta nell'Accordo interconfederale – ha avuto già in giurisprudenza l'effetto imprevisto di reagire sull'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav.

Ne aveva parlato il mese scorso Vito Leccese nella sua relazione al convegno barese in memoria di Gianni Garofalo, sostenendo in sostanza (cito da appunti e spero di non aver frainteso) che la forza d'urto dell'art. 8 (stessa espressione ha usato in altra sede il presidente Mattone) – non frenato, come si è visto, dall'Accordo interconfederale e dalla relativa intesa applicativa se non nei limiti molto ristretti cui ho fatto cenno, ma soprattutto in quelli meno ristretti di cui parlerò – costituisce un argomento a favore dell'incostituzionalità dell'art. 19 Stat.

lav. perché quest'ultimo subordina, almeno secondo l'interpretazione letterale, l'esistenza delle rappresentanze sindacali aziendali, e di conseguenza l'attribuzione di così estesi (abbiamo visto, in realtà illimitati) poteri derogatori alle previsioni contrattuali nazionali e persino a quelle legali, alla stipulazione di un precedente contratto collettivo che ne legittimi l'esistenza e il riconoscimento.

E, in effetti, la sequenza tra potere di accreditamento datoriale e stipula da parte della stessa azienda di un eventuale contratto aziendale derogatorio delle previsioni legali e contrattuali con le Rsa che sono state dallo stesso datore legittimate rende palese la sconfinata potenzialità manipolatoria dell'intero sistema di tutela del lavoro da parte dei datori, che viene avvalorata dalle interpretazioni correnti dell'art. 19 Stat. lav. e dell'art. 8, legge n. 148/2011.

Tuttavia, in un recente intervento giurisprudenziale (Trib. Bari 20 aprile 2012, decr.), reso nell'ambito del conflitto giudiziario seguito all'aggressione della Fiat nei confronti del maggior sindacato metalmeccanico, è stato adoperato proprio l'art. 8 per reinterpretare l'art. 19 in senso diverso da quello sinora prevalso. In particolare, in quella pronuncia si è ritenuto che il potere derogatorio sia affidato ai contratti aziendali stipulati, oltre che dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, dalle «*loro* rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge» – cioè dell'art. 19 Stat. lav. – «e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011».

Secondo il giudice, questo vuol dire che le rappresentanze sindacali aziendali delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative – non posso ora intrattenermi sulla necessaria riqualificazione della formula, che a mio avviso dovrebbe tornare al significato originario, abbandonandosi l'esegesi che ne fa un neutro equivalente funzionale della maggiore rappresentatività – sono comunque titolari del potere *ex art. 8*, e peraltro operanti in base alle disposizioni sia dell'art. 19 Stat. lav. – da interpretare dunque sistematicamente e non letteralmente, anche in conformità a numerose indicazioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità che da tale interpretazione non letterale hanno però sinora tratto conseguenze restrittive –, sia degli accordi interconfederali, compreso quello del 28 giugno 2011, che parla, appunto, come si è visto, di Rsa costituite ai sensi dell'art. 19.

Insomma, vi sarebbe una sorta di combinato disposto tra le due norme legali e quelle dell'accordo, che condurrebbe nell'idea del giudice a legittimare la costituzione di Rsa di organizzazioni comparativa-

mente più rappresentative *ma* non firmatarie di alcun contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, *in quanto* destinatarie da parte del legislatore della titolarità del potere derogatorio generalizzato indicato all'art. 8.

Altro giudicante (Trib. Torino, decr. 23 gennaio 2012) ha invece ritenuto – sempre in relazione alle vicende del gruppo Fiat – che la disciplina dell'art. 8 legittimi anche il cambio di autorità del contratto collettivo applicabile, accertando empiricamente «secondo le indicazioni fornite dalla resistente e non contraddette dalla parte ricorrente» che le organizzazioni sindacali consenzienti avevano il consenso maggioritario dei lavoratori interessati, e si era dunque integrata la fattispecie oscuramente formulata dall'art. 8, comma 1, secondo cui le «specifiche intese derogatorie» hanno efficacia *erga omnes* purché «sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali».

Ora, l'assurdità delle conseguenze dell'approccio empirico in questo caso è evidente: nella stessa azienda, a seconda delle variabili maggioranze che vi siano in uno o in altro stabilimento, ci si troverebbe a poter stipulare contratti aziendali derogatori a tutto, o a dover continuare – per mancanza del «criterio maggioritario» in testa ai sindacati consenzienti – con il precedente Ccnl.

Ora, prescindendo qui dall'approfondimento del significato di «contratto aziendale», ma per altro verso di «contratto nazionale», che la destabilizzazione del sistema innescata dalla Fiat e proseguita da Sacconi ci sta imponendo con urgenza, ma che non posso svolgere ora, direi proprio che appare più convincente l'analisi del giudice barese.

Infatti, per quanto sia oscura la formulazione del comma 1 dell'art. 8, e in particolare il «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali», riferire quest'ultima espressione a un *qualunque* criterio maggioritario (di iscritti, di voti nelle elezioni Rsu se presenti, di media tra questi due dati), come in sostanza ha fatto il giudice torinese, appare insostenibile giuridicamente nella totale assenza di criteri che contengano l'arbitrio del giudicante. Proprio l'altrimenti oscuro richiamo dell'art. 8, comma 1, all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, autorizza e direi obbliga a una interpretazione sistematica, nella quale tutte le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sono legittimate a costituire Rsa, e il potere derogatorio «sulla base di un criterio maggioritario riferito alle predette rappresentanze sindacali» dovrebbe essere riconosciuto sulla base del criterio maggioritario – per quanto molto imperfetto (si apre, come è

stato già rilevato, la questione del terzo riservato) – indicato nei punti 4 e 5 dell'Accordo interconfederale (referendum compreso), sulla base della considerazione «che non è giuridicamente sostenibile ipotizzare la efficacia *erga omnes* di contratti collettivi aziendali che derogano a norme di legge stipulati da parte di rappresentanze sindacali aziendali che potrebbero essere prive di effettiva rappresentatività» (ancora Trib. Bari, cit.), essendo la loro esistenza fondata appunto sul potere di accreditamento datoriale.

E forse bisognerebbe riflettere anche sulla possibilità – che sembrerebbe dal punto di vista letterale non prevista nell'art. 8, comma 1 – che il «criterio maggioritario» si riferisca anche ai contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, e non solo dalle loro rappresentanze operanti in azienda, a sostegno del cenno che facevo sulla rimeditazione della formula «comparativamente più rappresentative».

Sotto questo profilo, paradossale rispetto all'intento del legislatore storico ma non illogico, l'Accordo interconfederale e l'art. 8 non sono in contrasto, bensì il primo limiterebbe l'operatività del secondo, integrandovisi con la propria disciplina dei soggetti legittimati al contratto aziendale.

Intervento pomeridiano

Sono state dette oggi tante cose: con molte concordo; con qualcuna non concordo affatto, come è normale. Vorrei fare solo una osservazione di politica del diritto. Sandro Garilli diceva che questa interpretazione che usa l'art. 8 per reinterpretare l'art. 19 dello Statuto è un po' forzata, e che più facilmente si arriverebbe per la stessa via a dire che è incostituzionale l'art. 8. Non discuto, perché concordo sull'esistenza di numerosi profili di incostituzionalità nell'art. 8. Ho apprezzato molto l'enorme sforzo interpretativo che in molti, anche oggi, avete fatto sui limiti che si possono porre alla derogabilità interpretando le norme dell'art. 8: mi inquieta, come inquieta Garilli, l'idea che ogni contratto collettivo *ex* articolo 8 sarà portato alla cognizione di un giudice il quale forse non saprà che pesci prendere, e quindi avremo un alto grado di soggettività delle scelte giurisprudenziali. Io avevo proposto di concentrare l'attenzione sul requisito soggettivo per lo scopo di limitare l'uso e l'abuso dei contratti collettivi in deroga, ma Gottardi mi ha obiettato che si tratta di un strategia ermeneutica inefficace, posta la facilità di trovare in ambito sindacale adesioni su qualunque testo.

Rimane poi la mia perplessità sull'alimentazione di un controllo giu-

risdizionale diffuso ma senza un reale parametro legale, che a me pare, nell'attuale fase della giurisdizione, abbastanza preoccupante. Voglio infine proporre un giochino, che è questo: l'articolo 8 è una norma di legge. Può essere derogata *in melius* da un contratto collettivo? Se è una norma di legge direi che, a meno che non il legislatore non abbia espressamente fissato un'assoluta inderogabilità, può essere derogata *in melius*. Supponiamo per caso di trovarci in un mondo in cui un sindacato riesca a stipulare un contratto collettivo con il quale venga esclusa, in una maniera un po' più stringente di quanto non sia avvenuto nell'Intesa applicativa del 21 settembre, l'applicazione delle deroghe nelle forme, per i contenuti, e con le finalità previste dall'articolo 8, e si dica invece: «Tutte le aziende rappresentate dall'associazione datoriale firmataria e tutte le organizzazioni sindacali stipulanti concorderanno le deroghe solo nei limiti dell'Accordo interconfederale del 28 giugno». Si può fare? Perché questo è il punto giuridico vero, al di là degli attuali rapporti di forza tra le classi che lo rendono del tutto improbabile; perché se non si può fare, è evidente che la norma dell'art. 8 sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 39, comma 1, Cost. Conosciamo tutti la giurisprudenza costituzionale sui limiti che si possono porre alla contrattazione collettiva: temporanei, e per un interesse pubblico. Qui invece si tratterebbe di un limite permanente, e privo di ogni ragione di interesse pubblico, poiché la norma è posta al più a tutela dell'interesse delle imprese che scelgano di attivarla.

Se invece si ritenga legittimo un contratto collettivo di questo contenuto, che è la mia opinione, il problema non è di noi poveri giuristi, ma del sindacato, perché da qui si verificherà se è in grado non di scrivere una clausola come quella del 21 settembre, della cui limitata utilità ho parlato nel primo giro, ma di neutralizzare la pericolosità dell'articolo 8 per via contrattuale.

Qui si riapre la questione di quale sia il livello contrattuale che potrebbe fare questo, e dunque dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, con le oscillazioni della Cassazione già ricordate, perché questo diventa un punto determinante per la prospettiva di evoluzione del sistema.

Giuseppe Ferraro (*)

**PROFILI COSTITUZIONALI DELLA DISPONIBILITÀ
DEL SISTEMA DI TUTELE DEL DIRITTO
DEL LAVORO SUBORDINATO**

1. — Mi è stato chiesto di soffermarmi su un profilo specifico, quello dei rapporti tra l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e le regole istituzionali che governano la legislazione del lavoro: l'ordinaria imperatività della normativa lavorista, l'indisponibilità dei diritti che ne derivano, sino alla possibilità di disporre del tipo legale «contratto di lavoro subordinato» per configurare rapporti atipici.

L'interrogativo che serpeggia nell'affrontare questa problematica è quello di stabilire in che misura un'ampia derogabilità della legislazione del lavoro a opera della contrattazione aziendale possa compromettere la figura giuridica attorno alla quale ruota il diritto del lavoro, sino ad aprire la strada a una rifondazione dogmatica della materia e a una destrutturazione della legislazione del lavoro come l'abbiamo concepita e ricostruita sino a oggi.

Sul punto già mi sono espresso in altra occasione, manifestando tutto lo sgomento, e direi l'irritazione, per una norma così grossolana che potrebbe avere effetti devastanti in quanto profondamente distonica con la nostra tradizione giuridica e con il sistema di relazioni industriali quale si è andato sviluppando nel periodo postcostituzionale. Tuttavia devo constatare che l'art. 8 della legge citata costituisce una norma meno estemporanea di quanto si potrebbe pensare. È da anni che si registra un attacco più o meno consapevole alla inderogabilità della legislazione del lavoro, risalente con maggiore determinazione alla riforma Biagi e all'idea astrusa che con varie forme di certificazione assistita si potesse definire un regolamento di interessi difforme da quello legale. Ipotesi poi abortita, eppure surrettiziamente più volte riproposta, che si collega a interventi collaterali volti a consentire un'ampia disponibilità dei diritti del lavoratore attraverso le procedure di conciliazione e di arbitrato, sino al punto di concepire un arbitrato di equità, preventiva-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Napoli «Federico II».

mente vincolante, che inficia intrinsecamente la logica protettiva della legislazione del lavoro.

Rispetto a questi dati di contesto sommariamente evocati, si può ritenere che l'art. 8 sia, al momento, l'ultimo capitolo di un'operazione di attacco frontale al diritto del lavoro.

Certamente si può pensare che la norma non stia avendo quell'effetto dirompente che si era temuto, anche per il clima ovattato introdotto dal governo Monti, che ha lasciato chiaramente intendere di volersi mantenere a debita distanza dal sistema di relazioni industriali senza intervenire in alcun modo né in una direzione né in un'altra, consapevole che si tratta di materiale esplosivo ad alta conflittualità sociale, come i tentativi affannosi di riformare la disciplina dei licenziamenti ampiamente insegna. Eppure questa impressione è a mio avviso del tutto superficiale, giacché l'art. 8 è entrato nel subconscio dell'azione collettiva e opera silenziosamente sotto traccia come una sorgente carsica che erode le garanzie del diritto del lavoro specie a livello locale, dove, sotto l'impulso di una crisi sistemica spesso strumentalizzata, si registrano accordi peggiorativi delle condizioni di lavoro che investono tutti i principali istituti dell'apparato protettivo senza grandi sottigliezze. Si va da accordi che intervengono direttamente sui livelli salariali intaccando anche il minimo tariffario indisponibile garantito dall'art. 36 Cost., ad accordi che incidono sull'orario di lavoro e sul trattamento degli straordinari, sino ad accordi che investono direttamente la mobilità professionale insinuando un'ampia instabilità del posto di lavoro che travolge le prescrizioni contenute nell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, per non parlare dei grossolani tentativi di introdurre fattispecie tipiche di licenziamento. A curiosare in giro si trova un materiale quanto mai eclettico ed eterogeneo, che non può essere trattato unitariamente, e non è neppure detto che possa resistere alla verifica giudiziaria, ma che pure rappresenta il sintomo eloquente di un processo in atto di strisciante alterazione della legislazione del lavoro. Importante nel sottoscrivere questi accordi è non richiamare espressamente l'art. 8 della legge citata per non incorrere in veti pregiudiziali insuperabili, salvo poi recuperarlo ampiamente nel successivo contenzioso giudiziario. In qualche caso poi l'ostracismo della Cgil viene agevolmente aggirato favorendo l'adesione dei lavoratori ad altri sindacati più malleabili, e incrementando così le Rsa per preconstituire maggioranze fittizie.

2. — Ma veniamo ora specificamente al tema assegnato, che va anzitutto differenziato a seconda che ci si riferisca alla inderogabilità della

norma contrattuale – e quindi alla deroga che il contratto aziendale può introdurre rispetto alla disciplina del livello contrattuale superiore – ovvero a quella della norma legale.

Nel primo caso, molti si sono affrettati a sostenere che la disposizione normativa non è affatto innovativa, perché la giurisprudenza aveva già ampiamente ammesso la derogabilità *in peius* del contratto nazionale a opera di quello aziendale, postulando una sostanziale equivalenza delle due fonti negoziali. Ho già in altra sede espresso tutte le perplessità su queste affermazioni che enfatizzano oltre misura sentenze episodiche e inconsapevoli di una parte della magistratura del lavoro, che semmai dimostrano quanto a volte la magistratura sia distante dai processi sindacali reali. A ben vedere, la giurisprudenza più evoluta sin dagli anni ottanta ha inquadrato le relazioni contrattuali collettive nell'ambito di un sistema organico con proprie regole fissate prevalentemente negli accordi interconfederali e nei contratti nazionali, che stabiliscono pure varie forme di decentramento regolamentare in ambiti e con soggetti predefiniti e prefigurano persino forme di responsabilità associative. Del resto, in continuità con tale processo è intervenuto l'Accordo interconfederale del giugno del 2011, che faticosamente aveva ripreso un percorso regolativo unitario che si era provvisoriamente interrotto per i forti dissensi tra le principali confederazioni sindacali.

All'interno del sistema di relazioni industriali non può essere messa in discussione la vincolatività della norma collettiva *sia* nei rapporti con l'autonomia privata individuale, allorquando opera come vera e propria fonte regolamentare, *sia* nei confronti della contrattazione decentrata, attesa la naturale e imprescindibile inclinazione dei soggetti sindacali maggiormente rappresentativi a concordare regole uniformi di carattere generale per esercitare un controllo tendenzialmente monopolistico del mercato del lavoro.

Ebbene, occorre dire con molta nettezza che la recente norma rompe questo equilibrio di sistema, compromette l'architettura contrattuale, frammenta la negoziazione in una miriade di accordi settoriali a volte microsezionali, corrode la compattezza e la solidarietà della categoria professionale, mette in moto un processo competitivo tra le imprese con una rincorsa al ribasso tanto più accentuata quando il potere economico può esercitare maggiori pressioni sul mondo del lavoro. La norma ha in mente il sistema di relazioni industriali nordamericano o canadese, tutto centrato sulla contrattazione aziendale, e cioè il modello veicolato dalle grandi aziende multinazionali, che scientificamente perseguono l'obiettivo di destrutturazione delle regole sindacali interne

ai singoli ordinamenti giuridici nell'aspirazione di potere operare in un clima di piena autarchia. Ma tutto ciò non ha niente a che vedere con le nostre tradizioni giuridiche e con la nostra esperienza sindacale. Non si tratta di un intervento «a gamba tesa» nel sistema vigente, ma piuttosto di un virus esiziale subdolamente inoculato con un alto potenziale infettivo.

Nelle esperienze continentali, il contratto nazionale ha sempre svolto una fondamentale funzione economicista di controllo centralistico del costo del lavoro, e cioè una funzione sostanzialmente tariffaria in senso lato che preclude rincorse al ribasso in un mercato del lavoro profondamente squilibrato nella dialettica tra la domanda e l'offerta di lavoro. Di qui il senso più pregnante dell'inderogabilità della norma contrattuale, non solo a livello individuale ma anche in contesti decentrati, ove le rappresentanze locali non sono in grado di esprimere un'analogia istanza, parametrica ed egualitaristica, e sono sostanzialmente alla deriva di situazioni di potere governate dal *management* aziendale.

3. — Ancora più complesso è il secondo profilo di indagine richiamato, che riguarda la possibilità che il contratto aziendale introduca deroghe peggiorative a disposizioni inderogabili di legge. Come si è giustamente rilevato, la questione attiene principalmente alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 8, nella parte in cui consente che la contrattazione decentrata possa disporre della «disciplina del rapporto», e cioè in sostanza dell'intero diritto del lavoro vigente.

Iniziamo subito con l'evidenziare che un potere così ampio riconosciuto alla contrattazione aziendale costituisce una soluzione inedita non solo nell'ordinamento italiano, ma anche a livello europeo, ove la tendenza molto accentuata (non da oggi) al decentramento regolamentare, anche a livello di impresa, non si è mai tradotta in un indifferenziato salvacondotto o in una vera e propria cambiale in bianco conferita alla contrattazione aziendale di rimodellare a suo piacimento la legislazione del lavoro.

Sotto il profilo tecnico, un primo dato di forte anomalia – che costituisce un vero e proprio elemento di irrazionalità giuridica – è rappresentato dal fatto che un'analogia facoltà derogatoria non viene riconosciuta alla contrattazione nazionale, che pure nella tradizione italiana rappresenta il fulcro dei processi sindacali di regolazione delle condizioni di lavoro. Tralasciando questo pur importante aspetto, lascia quanto mai disorientati l'ampio arco tematico su cui la contrattazione aziendale può incidere, suscettibile di investire praticamente l'intero si-

stema protettivo vigente. A questo riguardo può essere anche apprezzato il tentativo di taluni Autori di rimarcare la necessità di una valida motivazione per introdurre intese derogative, e anche il tentativo di delimitare selettivamente le «materie» su cui sarebbe consentito intervenire, se non altro perché introduce un elevato livello di sindacabilità giudiziaria, e tuttavia non sembra che una tale strada sia di per sé molto produttiva, e anzi rischia inconsapevolmente di legittimare una norma profondamente ingiusta e viziata.

Né indicazioni più rassicuranti emergono da alcuni vincoli espressamente esplicitati nel dettato normativo. Ci si riferisce innanzitutto ai limiti di carattere soggettivo che riconoscono il potere di stipulare «specifiche intese» alle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero alle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, «ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti compreso l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011».

Il richiamo alle associazioni comparativamente più rappresentative non può essere considerato affatto rassicurante, in una situazione di forte competizione tra le principali confederazioni sindacali che stentano a ritrovare quella necessaria unità di azione che costituisce una condizione imprescindibile per stabilizzare il sistema di relazioni sindacali. Per di più, questa ampia facoltà negoziale viene anche attribuita in via autonoma alle rappresentanze aziendali aderenti alle predette associazioni, ma al di fuori di qualsiasi pur necessario coordinamento e controllo, e quindi in una situazione di sostanziale anarchia che può dare luogo agli esiti più imprevedibili e deleteri. È troppo pensare che in questa situazione i vincoli associativi, prefigurati dagli statuti interni, non siano suscettibili di per sé, come l'esperienza insegna, di costituire un valido antidoto rispetto ad accordi al ribasso sapientemente orchestrati dalle imprese in sede decentrata che prescindono totalmente dalle linee di indirizzo fornite dalle gerarchie sindacali di livello superiore?

4. — Altrettanto problematico è poi il limite oggettivo contenuto nell'inciso posto a premessa del comma 2-*bis*: «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro».

Si può subito osservare che l'espressione è pleonastica e ridondante, essendo assolutamente scontato che qualunque attività contrattuale, sia essa individuale o collettiva, debba necessariamente rispettare i precetti costituzionali e debba uniformarsi alle direttive dell'Unione europea e

alle regole della comunità internazionale. E ciò tanto più una volta riconosciuta sul piano dottrinale e giurisprudenziale l'efficacia orizzontale delle direttive dell'Unione, che obbligano direttamente i giudici nazionali alla loro corretta e diretta applicazione, e che in caso di inadempimento possono fare insorgere profili di responsabilità risarcitoria a carico degli Stati inadempienti.

Ciò acquisito, la norma non può considerarsi di per sé pregnante sul piano operativo, *sia* per il tasso molto elevato di genericità di alcuni principi implicitamente evocati, *sia* per la portata a volte minimalista delle direttive comunitarie, sempre più condizionate dalla crisi globale e dalla partecipazione all'Unione di paesi con un basso tasso di protezione sociale. Se ci si attestasse esclusivamente su tale livello di protezione, si registrerebbe un'improvvisa disattivazione della imperatività della maggior parte della legislazione protettiva, ricondotta a un livello elementare di tutele inderogabili, rappresentate *da una parte* dai principi costituzionali, assai poco incisivi una volta privati dei processi normativi attuativi degli stessi, e *da un'altra parte* da una disciplina di stampo internazionalista, altrettanto generica e con tutte le problematiche legate alla sua applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali. Insomma, se si seguisse questa linea si dovrebbe ritenere che si è realizzata una vera e propria rivoluzione nella nostra legislazione del lavoro, con una sostanziale «denazionalizzazione» della legislazione protettiva, attestata ormai su un livello di tutele assai meno incisivo di quello precedente (per non dire che l'intenso dibattito sulla «clausola di non regresso» sarebbe automaticamente vanificato).

È pur vero che rispetto all'interpretazione proposta sono ipotizzabili letture più garantiste, volte a dare maggiore pregnanza ai documenti richiamati, e tuttavia non si può disconoscere che una tale impostazione, pur apprezzabile, incontra i limiti di un approccio meramente interpretativo che può ricevere un'applicazione molto differenziata nelle diverse sedi giudiziarie.

5. — Altrettanto problematico è lo squilibrio che si è venuto a determinare nel rapporto tra le fonti del diritto del lavoro, ove appena si consideri che la contrattazione collettiva, e segnatamente quella aziendale, non può essere posta su un piano di equivalenza con la disciplina legale sino a consentirne una sua indifferenziata derogabilità. Preclude una tale assimilazione anzitutto il diverso processo formativo delle regole legali e di quelle contrattuali, affidate, le *prime*, a organi istituzionali che riflettono la volontà della collettività generale, e, le *secondo*, all'azione

di soggetti sindacali che riflettono pur sempre interessi settoriali e particolari di tipo meramente negoziale. Ciò significa che la norma legale, protettiva degli interessi del mondo del lavoro, in punto di principio, costituisce una cornice legale imprescindibile nell'ambito della quale si devono muovere le attività negoziali dei soggetti privati, individuali e collettivi che siano, ferma restando la possibilità che la stessa norma legale attribuisca funzioni delegate a quella contrattuale, come l'esperienza ormai pluridecennale di integrazione delle fonti ampiamente illustra. Sotto tale angolazione, la legislazione del lavoro si presenta come un fattore centrale del più generale ordinamento giuridico, in quanto riflette il grado di evoluzione degli equilibri giuridici, economici e sociali all'interno del mondo della produzione (e quindi come un fattore decisivo di correzione delle sperequazioni e delle disfunzioni del mercato del lavoro che lasciato libero di esplicarsi comporterebbe una degradazione del fattore lavoro a livello di una merce).

D'altro canto, la struttura della logica protettiva connessa allo status di lavoratore subordinato, in quanto volta a compensare radicate disuguaglianze sociali, ne presuppone intrinsecamente la sua imperatività. Se si disattiva la tecnica dell'imperatività si altera l'intero sistema delle tutele che ruota attorno alla fattispecie del lavoro subordinato, e il lavoratore si trova nuovamente alla mercé delle dinamiche economiche come un fattore di produzione che si negozia sul mercato del lavoro alla stregua di qualsiasi altro bene, e quindi secondo le leggi mercantili dell'offerta e della domanda di lavoro (e delle corrispondenti situazioni di potere intercorrente tra le parti sociali).

A questo proposito si è evocato il principio della indisponibilità del tipo legale connesso al contratto di lavoro subordinato quale elemento preclusivo di un processo deregolativo concepito così ad ampio raggio. Di prima impressione, il richiamo mi è sembrato forzato, apprezzabile semmai per il contributo che può dare a disattivare una norma tanto insidiosa, eppure tecnicamente poco attendibile, giacché le questioni che attengono alla qualificazione della fattispecie «lavoro subordinato» si pongono su un piano distinto da quello inerente il regime di tutela che vi è connesso. Ferma e indisponibile la rigidità del tipo legale, la disciplina protettiva può evolversi sia in senso migliorativo che in senso peggiorativo. Certamente vi è un limite oltre il quale la riduzione delle tutele diventa incompatibile con la salvezza della fattispecie legale, presupponendo intrinsecamente la subordinazione un certo livello di tutele, ma si tratta pur sempre di un limite esterno che va verificato in concreto nella pratica attuazione.

Melius re perpensa ritengo che la questione sia stata invece correttamente impostata se si hanno presenti le argomentazioni della Corte Costituzionale nella famosa sentenza del 23 marzo 1994, n. 115 (che fa seguito alla sentenza n. 121/1993), ove tra l'altro si legge che, «proprio con la recente sentenza n. 121/1993, questa Corte ha affermato che non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti derivanti dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione, non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti a escludere direttamente o indirettamente con la dichiarazione contrattuale l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista, a tutela dei lavoratori, a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione di questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti».

Queste chiare dichiarazioni di principio costituiscono un ostacolo insuperabile nei confronti di norme legali volte a consentire a una contrattazione privata, realizzata peraltro in ambiti molto ristretti, di intaccare il sistema di tutele che organicamente si connette alla fattispecie del lavoro subordinato, in quanto quelle tutele hanno come tratto intrinseco l'inderogabilità e trovano la loro scaturigine direttamente nel Testo costituzionale. E invero, la nostra Costituzione assume come valore qualificante quello di tutelare il lavoro dipendente attraverso un apparato rigido di tutele finalizzato non solo a riequilibrare una disparità di potere congenita alle società capitalistiche, ma anche a preservare valori fondamentali della persona implicata nei processi produttivi in una chiave, quindi, emancipatoria ed evolutivista dei soggetti sociali o classi subalterne. In questo senso, come si è giustamente osservato, la disciplina del contratto entra a pieno titolo nel processo di qualificazione, al punto che attribuire alla contrattazione decentrata la facoltà di modificare anche peggiorativamente la disciplina dei rapporti di lavoro significa incidere sul tipo normativo, e dunque significa attribuire alla contrattazione collettiva un potere di disporre del tipo legale corrodendone l'intima struttura e la sua funzione sociale. In altre parole, la semplice derubricazione della precettività della legislazione del lavoro costituisce un *vulnus* al modello contrattuale tipico e al precetto istituzionale che il lavoro sia tutelato in tutte le forme e applicazioni.

Ciò non vuol dire evidentemente accogliere un'accezione statica del-

l'apparato protettivo, che può evidentemente evolversi anche in senso peggiorativo, e tuttavia le modifiche vanno realizzate prioritariamente attraverso la fonte legale: l'unica legittimata a esprimere storicamente l'equilibrio complessivo che occorre stabilire tra gli interessi del capitale e quelli del mondo del lavoro. Sicché soltanto la fonte legale è legittimata a intervenire su determinati istituti, semmai anche attraverso una delega parziale alla contrattazione collettiva, ma entro limiti rigorosamente predeterminati sul piano soggettivo e oggettivo.

6. — È pur vero che una parte di noi in passato ha postulato una tendenziale equipollenza tra norme legali e norme contrattuali, ma su basi teoriche e di politica del diritto completamente diverse, e cioè in una prospettiva promozionale dell'autonomia collettiva, la quale, in una determinata fase storica, sembrava dotata di una capacità evolutiva superiore alla fonte legale, e quindi sembrava inserirsi naturalmente in quel processo emancipatorio prefigurato dal Testo costituzionale. Quelle ricostruzioni si sviluppavano in stretta aderenza al dettato costituzionale, che prefigura una chiara gerarchia di valori connessi all'implicazione della persona nel mondo del lavoro consentendo un ampio margine di mediazione alla contrattazione collettiva in ambiti più strettamente economicistici, ma prefigurando anche vincoli invalicabili connessi ai diritti fondamentali della persona. Peraltro, in quelle ricostruzioni era ben chiara *da una parte* l'esigenza di salvaguardare la più ampia libertà organizzativa delle organizzazioni sindacali quale si è andata storicamente a realizzare, anche sul piano dell'articolazione contrattuale, e *da un'altra parte* la necessità di dare la massima consistenza ai principi di democraticità interna, che devono condizionare fortemente l'attività delle organizzazioni sindacali quando vengono ad assumere un ruolo eccedente quello strettamente associativo.

Oggi l'operazione ha un segno diametralmente opposto, e non riesce a dissimulare tutta la sua carica antisindacale, in coerenza, del resto, con una concezione neoliberista o neo-individualista dei rapporti di lavoro che vorrebbe ridimensionare l'incidenza sindacale e sgretolare un patrimonio di regole faticosamente costruito.

A questo punto ritengo di dovermi fermare, nella consapevolezza che molte delle questioni accennate richiederebbero ben altro approfondimento, e tuttavia voglio essere sincero nel dichiarare che prospettare una questione di indisponibilità del tipo legale per mettere in discussione una norma così insidiosa non sia il viatico più lineare per giungere a un giudizio di incostituzionalità, anche perché non vedo in

giro giudici costituzionali dello spessore intellettuale ed etico di quelli che hanno elaborato le sentenze innanzi richiamate. A me pare molto più produttivo concentrarsi prioritariamente sui profili di contrasto della norma indagata con l'art. 39 Cost. nelle sue varie articolazioni, là dove la violazione dei principi costituzionali appare lampante e direi clamorosa.

Piergiorgio Alleva (*)

TITOLARITÀ E USURPAZIONE DI POTERI DISPOSITIVI E DEROGATORI

Avete già sentito da alcune mie battute iniziali, e dalla trattazione che ne ha fatto Marco Barbieri, che questo dell'art. 8 della legge n. 148/2011 è effettivamente un poliedro dalle tante facce, che ogni tanto ci porta a una nuova scoperta. Mai avrei immaginato che un contenzioso tanto preoccupante, come quello derivante dall'espulsione di un grande sindacato dalle fabbriche Fiat per una interpretazione capziosa – ma comunque letteralmente fondata – dell'art. 19 Stat. lav., avrebbe trovato un antidoto in un veleno quale, appunto, l'art. 8 in discorso. Ma *contra-rii contrariis curantur*, e anche questa volta ne abbiamo avuto in qualche modo una conferma.

Tuttavia, ciò non accade per caso, perché la riflessione che vorrei fare si muove in questa direzione.

Nell'art. 8 possiamo vedere un profilo riguardante – diciamo così – l'effetto di efficacia oggettiva. Questa è la faccia «sovversiva» dell'art. 8, quella effettiva, la quale tenta fundamentalmente di indebolire un sistema di principi, di tutele universali, nel mondo del lavoro e di andare verso delle soluzioni che potremmo definire «aziendalistiche».

In questo, effettivamente, l'art. 8 ha rappresentato un siluro all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Quest'ultimo – qualcuno potrebbe dire – aveva messo il dito nell'ingranaggio della derogabilità del contratto collettivo nazionale di lavoro, e perciò non erano mancate critiche. Tuttavia, non solo nelle intenzioni, ma anche in una regolamentazione, la derogabilità restava monitorata e controllata.

Lo «sfondamento» prodotto dall'art. 8 ha un'intenzione – dicevo – semplicemente «sovversiva». Da questo punto di vista, evidentemente, non c'è nulla da salvare, o anche soltanto da interpretare, in questa

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Politecnica delle Marche.

norma. Diventano teoricamente possibili tanti «diritti del lavoro» quante sono le imprese italiane in cui sono presenti e agiscono negoziabilmente rappresentanze sindacali abilitate dall'art. 8 alla contrattazione collettiva «di prossimità». Ragion per cui, ad esempio, in una impresa, il demansionamento diverrebbe possibile a fronte di un indennizzo economico; in un'altra, quale ulteriore sanzione disciplinare; in un'altra ancora, in cambio di una riduzione dell'orario di lavoro; e così via. Senza prefissione di un numero chiuso di soluzioni alternative rispetto alla disciplina legale esistente, che resta bensì immutata in sé e per sé, ma applicabile solo in quanto non vi siano diversi accordi collettivi di prossimità.

Da un'altra parte, però, vi è il problema dei soggetti negoziali: un problema che ha fatto sì che l'art. 8 della legge n. 148/2011 entri in una dialettica che era già una dialettica viva, una dialettica sentita; ed è anche il profilo per cui poi, tutto sommato, la pericolosità concreta della norma, la sua aggressività concreta, è sembrata a molti – me compreso – relativa.

Bisogna considerare, in proposito, e in primo luogo, che l'effetto di «sostituzione» del diritto «codificato» con una disciplina meramente contrattuale collettiva, e per di più aziendale, probabilmente peggiorativa, deve poter contare sull'efficacia soggettiva generale, perché altrimenti lo scopo verrebbe vanificato dal fatto che basterebbe ai lavoratori dissenzienti esplicitare il loro dissenso, e con ciò mantenere la fruizione dell'originaria, e probabilmente più favorevole, disciplina legislativa o contrattuale collettiva precedente.

A sua volta, però, il necessario effetto *erga omnes* doveva trovare una giustificazione costituzionalmente sufficiente, e cioè basarsi quantomeno su un «criterio maggioritario» riferito o ai lavoratori rappresentati, o addirittura, e al minimo, alle rappresentanze sindacali attive in azienda.

Esigenza non diversa, d'altro canto, è stata fatta propria dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che – con linearità sconosciuta all'art. 8 della legge n. 148/2011 – ha distinto fra accordi a efficacia generale, perché sottoscritti da una Rsu eletta da tutti i lavoratori, e accordi a efficacia generale pur se sottoscritti solo da Rsa associative, perché poi validati con referendum da tutti i lavoratori interessati.

E l'art. 8 della legge n. 148 ha cercato soluzioni di comodo, parlando di «rappresentanze» e di «criterio maggioritario», ma proprio il fatto di aver voluto ignorare, da un lato, le Rsu e, dall'altro, il referendum ha creato una condizione di estrema debolezza, perché a quel punto la maggioranza delle Rsa poteva essere costituita anche da Rsa di sindacati non confederali e, davvero al limite, del sindacato «di comodo».

Insomma: per evitare di restare vittime della loro stessa pania, anche le organizzazioni sindacali disposte a essere «complici» di accordi «di prossimità» derogatori del diritto del lavoro tradizionale hanno dovuto evitare il pericolo di essere, a loro volta, scavalcate, e imporre che, quantomeno, la maggioranza delle Rsa di cui si tratta nell'art. 8 sia maggioranza di Rsa di associazioni sindacali «comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Insisto su questo passaggio, che è stato anche una scansione storica, di centrale rilievo – a mio avviso – nelle vicende sindacali recenti, e basta infatti confrontare il testo del d.l. n. 138/2011 con quello modificato nella successiva legge di conversione n. 148 per accorgersi che, appunto, in quest'ultimo testo è stato aggiunto quel famoso pronome «loro» – di cui parlava Marco Barbieri poco fa – che unisce i sindacati «maggiormente rappresentativi» e le «rappresentanze aziendali», con l'effetto imprevisto di battere in breccia la stessa interpretazione restrittiva dell'art. 19 dello Stat. lav.

Insomma, per dare forza all'opzione di accordi «di prossimità» a efficacia generale e derogatori di legge e di contratti collettivi, il legislatore dell'art. 8 ha dovuto riconoscere, comunque, per la prima volta, che la maggiore rappresentatività è un requisito necessario per poter stipulare contratti collettivi aziendali di prossimità, il che significa però, allora, che non è vero che in azienda hanno legittima esistenza solo le rappresentanze sindacali di sindacati firmatari di precedenti contratti indipendentemente dalla loro maggiore rappresentatività intesa come numero di aderenti, storia sindacale e serietà di impianto.

Al contrario, Rsa legittimamente costituite in azienda ai sensi dell'interpretazione restrittiva e corrente dell'art. 19 Stat. lav. potrebbero bensì, in teoria, esistere in quanto i sindacati di cui sono emanazione sono firmatari di accordi applicati nell'unità produttiva, ma poi, in quanto non appartenenti a sindacati «maggiormente rappresentativi», non potrebbero stipulare contratti aziendali «di prossimità». Il che è evidentemente paradossale, perché le Rsa in discorso non sarebbero autorizzate a stipulare contratti collettivi, i quali non solo sono essi stessi aziendali, ma oltretutto hanno efficacia *erga omnes* e quindi cancellerebbero i contratti aziendali «comuni» sottoscritti dalle Rsa di sindacati non «maggiormente rappresentativi».

Allora – per riprendere una domanda che faceva Marco Barbieri – che cosa accomuna l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e l'art. 8 in esame?

In comune vi è qualche cosa in merito ai soggetti negoziali, ossia la

valutazione – comune a entrambi i complessi normativi – che la capacità negoziale non è più «autoreferente» (nella misura in cui il datore di lavoro, la controparte, me la riconosce), perché per poter accedere alla negoziazione, e poter effettuare una negoziazione valida, bisogna avere una rappresentatività, una serietà d'impianto, parlando del contratto collettivo nazionale, oppure bisogna avere un qualche tipo di riferimento che, per esempio, nell'Accordo del 28 giugno 2011 è la volontà diretta o indiretta degli interessati.

Nell'art. 8, invece, questo è stato raggiunto con quel nesso di dipendenza organica rappresentato dal pronome «loro», che, in qualche modo, ci porta fuori dal concetto che la capacità negoziale è autoreferente.

L'art. 8 della legge n. 148/2011 ha, insomma, il merito di aiutarci a recuperare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav., e cioè che l'essere sindacato maggiormente rappresentativo consente di fare ingresso nell'azienda per svolgere quell'attività negoziale, e addirittura l'attività negoziale più qualificata e potente, che è quella anche derogatoria eventualmente del contratto collettivo di prossimità.

Alessandro Garilli (*)

FINALIZZAZIONE E OGGETTO DEGLI ACCORDI DI PROSSIMITÀ

1. — Prima di entrare nel tema che mi è stato assegnato – «finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità» – vorrei intervenire brevemente sulle considerazioni svolte dai precedenti relatori.

L'interpretazione proposta da Alleva, che mi sembra essere in linea con la posizione di Barbieri, è molto suggestiva, ma presenta alcune forzature. Si tratterebbe di rileggere l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, nella ormai consueta lettura che ne ha dato anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 244/1996, attraverso la nuova e inedita disposizione speciale che attribuisce efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di prossimità. L'operazione tuttavia è piuttosto complessa, perché, per contro, si potrebbe anche sostenere che l'accostamento tra le due norme metta in evidenza un ulteriore profilo di incostituzionalità, per violazione dell'articolo 39 Cost., tanto dell'art. 8, legge n. 148/2011, quanto dell'art. 19, legge n. 300/1970. E, infatti, tenuto conto che il criterio normativo per la costituzione delle Rsa è ancora oggi quello della sottoscrizione di un contratto collettivo di qualsiasi livello, ivi compreso quello aziendale, purché applicato nell'unità produttiva, potrebbe anche darsi il caso in cui il diritto di istituire una rappresentanza sindacale sui luoghi di lavoro dipenda proprio dalla scelta se stipulare o meno un contratto collettivo «in deroga» ai sensi dell'art. 8 della legge n. 148/2011: da qui l'evidente condizionamento delle dinamiche sindacali, a vantaggio di un sistema che rischia di divenire, per un verso, autoreferenziale e, per l'altro, sbilanciato a favore del datore di lavoro e del suo potere di selezionare gli interlocutori sindacali più compiacenti alla gestione delle numerose funzioni derogatorie connesse alle specifiche intese di prossimità. Non a caso, il noto argomento del possibile «potere di accreditamento» datoriale, emerso nella versione *post referendum* dell'art. 19 Stat. lav. e forse troppo frettolosamente messo da

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Palermo.

parte dalla Corte Costituzionale, viene oggi ripreso dalla recente ordinanza del 4 giugno 2012 con cui il Tribunale di Modena ha nuovamente rimesso la disposizione statutaria al vaglio della Consulta, per il supposto contrasto con l'art. 39 Cost.

2. — Tornando al tema della «finalizzazione», è diffusa tra alcuni colleghi l'idea che i vincoli di scopo siano così ampi e generali da non consentirne l'effettivo accertamento giudiziale e la conseguente sanzionabilità dell'accordo difforme. Personalmente ritengo che le finalità di cui al comma 1 dell'art. 8, legge n. 148/2011 – per quanto aventi uno spettro fin troppo ampio – non possano non costituire uno specifico limite normativo con funzione precettiva: nel meccanismo ideato dal legislatore, è il perseguimento di quegli obiettivi che giustifica sia l'estensione dell'efficacia del contratto di prossimità nei confronti di tutti lavoratori cui lo stesso si riferisce, sia la possibilità di derogare, vuoi alle disposizioni dei contratti collettivi nazionali di categoria, vuoi soprattutto alle disposizioni della legge. La questione del significato da attribuire alla cosiddetta «finalizzazione» va dunque posta, e non può essere elusa.

Com'è noto, le intese devono essere indirizzate «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Si tratta di ipotesi che in parte riproducono le finalità già individuate dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (gestione di situazioni di crisi o presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico e occupazionale), cui adesso vengono accostati nuovi obiettivi (si pensi all'emersione del lavoro irregolare o all'adozione di forme partecipative), in grado di intersecarsi tra loro, rendendo più complicata l'operazione di verifica della loro concreta sussistenza.

Tutto ciò, a mio avviso, depone nel senso di una sorta di funzionalizzazione della contrattazione collettiva verso il perseguimento di interessi di carattere generale e non più solo collettivo, secondo la più classica ricostruzione del fenomeno sindacale proposta da F. Santoro Passarelli. In sostanza, il contratto collettivo viene piegato a fini ulteriori e diversi da quelli che tradizionalmente gli appartengono, e potrà veicolare la sua funzione normativa – adesso sovraccaricata di capacità derogatorie – anche nei confronti di soggetti non iscritti al sindacato e dunque non direttamente rappresentati dallo stesso.

Qui ci troviamo di fronte a una caratteristica inquietante, perché nel settore del lavoro privato non vi sono dei veri e propri precedenti sulla funzionalizzazione del contratto collettivo. Certamente tali non sono i tradizionali casi di contrattazione delegata, perché le tecniche di «deregolazione controllata» presuppongono che il contratto collettivo compia un'attività di integrazione, sostituzione o modifica di una fattispecie legale di per sé autosufficiente, per effetto di un «rinvio proprio» operato dalla legge stessa alla fonte collettiva. In casi del genere non v'è dunque alcun vincolo di scopo che necessiti di essere controllato o che possa condizionare l'efficacia del contratto collettivo, in quanto quest'ultimo può intervenire solo entro il perimetro di un precetto normativo già definito a monte nei contenuti e nel fine. Ma non siamo neppure in presenza di un'ipotesi di «rinvio improprio», perché la legge predetermina in modo eteronomo gli scopi della contrattazione collettiva di prossimità, sottraendone la disponibilità all'autonomia privata.

In effetti, gli unici precedenti su una possibile funzionalizzazione del contratto collettivo si ritrovano nell'ambito del settore pubblico. È nota la posizione di quell'autorevole dottrina secondo cui la contrattazione collettiva del settore pubblico – anche quella di comparto – potrebbe dirsi effettivamente funzionalizzata in ragione delle direttive fondamentali stabilite dall'art. 97 Cost. e dei principi generali contenuti nella prima parte del decreto legislativo 165/2001, che traducono più dettagliatamente le finalità di efficienza, efficacia e imparzialità dell'azione amministrativa. Si tratta di una ricostruzione che ha suscitato dei dubbi, ma che oggi può ritenersi fondata, quantomeno per la contrattazione integrativa, atteso che l'articolo 54 del d.lgs. n. 150 del 2009 (cioè l'articolo 40, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165/2001) stabilisce che il contratto integrativo deve assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità delle *performance*. Per il settore pubblico, dunque, si può anche discutere di funzionalizzazione del contratto collettivo, ma non si può trascurare che si tratta di un segmento del sistema sindacale del tutto peculiare, in cui l'eterogeneità delle finalità attribuite all'autonomia collettiva, così come la possibilità di ammetterne un controllo di congruità dei suoi contenuti sotto il profilo funzionale, può essere giustificata dalla necessità della p.a. di perseguire interessi pubblici generali.

3. — Altro problema, riconducibile al potere di deroga *in peius* dei contratti di prossimità, attiene alla possibile moltiplicazione delle discipline regolative dei rapporti di lavoro e alla conseguente diversificazio-

ne dei livelli di tutela in ragione della realtà aziendale o del territorio di riferimento. La frammentazione dei trattamenti normativi che potrà derivare da un utilizzo diffuso dell'art. 8, legge n. 141/2011, solleva la questione della eventuale violazione della disciplina della concorrenza stabilita a livello sovranazionale dall'Unione europea. Nel più noto precedente di riferimento – il caso *Albany* –, la Corte di Giustizia ha esentato gli accordi collettivi sottoscritti tra organizzazioni rappresentative di datori di lavoro e dei lavoratori dall'ambito di applicazione degli artt. 81 ss. del Trattato Ue (ora artt. 101 ss. TfUe). Tale deroga è stata riconosciuta facendo perno sulla funzione solidaristica connotata all'attività di contrattazione collettiva e al suo tradizionale ruolo di strumento volto a perseguire obiettivi di politica sociale, quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, lo sviluppo delle risorse umane, la lotta contro l'esclusione e l'emarginazione sociale. Alla base della deroga, fondata sul consueto bilanciamento tra valori fondamentali, viene tuttavia posto il carattere rappresentativo degli attori sindacali coinvolti nel processo di contrattazione. Per giustificare una possibile restrizione della concorrenza si richiede, cioè, una capacità rappresentativa ampia e riferibile a un fascio di interessi che trascendano la dimensione atomistica o microaziendale, secondo quella stessa linea interpretativa già elaborata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 334/1988, che valorizza il ruolo delle grandi centrali confederali facendo leva sulla consolidata azione solidaristica che è propria del modello intercategoriale. Azione che nell'ordinamento interno si è sviluppata soprattutto con la concertazione sociale, in cui la funzionalizzazione delle intese e il perseguimento di interessi generali vengono consacrati attraverso forme di scambio politico con i sindacati confederali che giustificano la diversa funzione (rispetto a quella tipica) del contratto collettivo.

Nel caso dell'art. 8, legge n. 148/2011, si può certamente dubitare che il legislatore abbia preso a modello questo concetto di rappresentatività, specialmente se si prenda in considerazione il livello di contrattazione territoriale, privo di criteri di riferimento affidabili, o se si guardi ai criteri di legittimazione delle controparti datoriali, per le quali la soglia di rappresentatività non è neppure menzionata. In ogni caso, penso che la lettura più ragionevole sia quella secondo cui il contratto territoriale debba comunque passare al vaglio delle rappresentanze sindacali operanti in azienda per potere essere poi applicato sui singoli luoghi di lavoro, e ciò perché la disposizione stabilisce che le intese possano produrre i loro particolari effetti a «condizione di essere sotto-

scritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali». Un passaggio aziendale mi sembra dunque indispensabile, quantomeno per rafforzare la verifica di rappresentatività rispetto alla base dei lavoratori coinvolti.

4. — Di fronte a tali incertezze, ritengo, *a fortiori*, che non sia possibile rinunciare a un controllo sulle finalità che deve perseguire il contratto collettivo di prossimità. Naturalmente, tale attività di controllo dovrà essere condotta alla luce dell'articolo 3 della Costituzione, operando quindi una valutazione non solo sull'esistenza, ma anche sulla ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità delle deroghe apportate alla disciplina giuslavoristica (nell'ampio catalogo delle materie indicate al comma 2), rispetto alle finalità che si è dichiarato di perseguire. Per esempio, non credo sia possibile introdurre una modifica peggiorativa alla disciplina dei licenziamenti disciplinari e al pedissequo regime sanzionatorio, giustificandone o ricollegandone l'applicazione a una delle finalità socio-economiche indicate dal legislatore: è veramente arduo ipotizzare un relazione funzionale tra una modifica del genere e la risoluzione di una crisi occupazionale, l'incremento della produttività, l'emersione del lavoro irregolare ecc. A meno di non voler abbandonare il criterio di coerenza su cui si è finora basato il *balancing test* nella valutazione tra interessi contrapposti, si dovrà ritenere che un intervento sui licenziamenti possa riguardare principalmente, se non esclusivamente, quelli economici, e anche qui le scelte andranno ponderate e valutate attraverso il controllo di razionalità. È ovvio però che, tanto più penetrante risulterà il controllo a opera del giudice, quanto più elevato sarà il rischio che quest'ultimo finisca per sindacare indirettamente anche il merito delle scelte datoriali, con buona pace del principio — invero mai rispettato fino in fondo — per cui l'accertamento giudiziale non può entrare nel merito delle valutazioni organizzative o tecniche del datore di lavoro (art. 30, comma 1, legge n. 183/2010). Il risultato, frutto di un *trend* legislativo che si appresta a essere ulteriormente consolidato nella già approvata Riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero, è quello di sovraccaricare la responsabilità della magistratura, affidando alla valutazione personale e discrezionale di ciascun giudice il delicatissimo compito di manovrare l'articolazione di tratti cruciali della disciplina giuslavoristica e di controllare i punti di equilibrio della sua derogabilità *in peius*. Il rischio, denunciato da più parti, è quello di esaltare il soggettivismo più aperto. Ricordo che quando cominciai a studiare il Diritto del lavoro c'era un ottimo manuale di Pera, che poi è

stato un mio maestro, almeno sul piano dell'onestà dell'insegnamento. Pera diceva, a proposito della subordinazione, e prima ancora che esplodesse la questione della crisi della fattispecie e della frammentazione tipologica, che in molti casi il giudice avrebbe finito con lo scegliere tirando una moneta in aria. La metafora mi pare ancora oggi calzante, perché vi potranno essere giudici più interventisti e rigorosi nel censurare le intese ritenute non rispettose delle finalità individuate dal legislatore, e giudici per così dire astensionisti, che arretreranno di fronte a vicende considerate come tipiche espressioni del conflitto intersindacale e già esaurite dalla mediazione svolta tra le parti al suo interno.

5. — Problemi ulteriori si pongono quando entriamo nelle materie oggetto di deroga. Si è detto che l'art. 8 della legge n. 148/2011 contiene in sé una forte carica destrutturante, perché in grado di far saltare la funzione protettiva uniforme della legge, così come desumibile già dall'art. 35 Cost. Diversi profili di criticità, tuttavia, si pongono anche con riferimento ai rapporti tra contratti collettivi. È vero che una parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione è solita risolvere la questione del concorso/conflitto tra livelli negoziali all'insegna della libertà dell'autonomia collettiva di apportare modificazioni, anche di segno peggiorativo, alle discipline regolate a livello superiore. Tuttavia, è noto che le parti sociali, nei diversi accordi interconfederali susseguitisi dal 1993 a oggi, hanno indirizzato i propri sforzi verso la costruzione di un sistema sindacale in cui l'assetto delle relazioni contrattuali risulta ordinato e orientato alla prevenzione dei conflitti di regolazione. Adesso la disciplina dei contratti di prossimità mette in crisi la tenuta di questo assetto, perché di fatto può sovvertire le regole procedurali e i rapporti fra livelli, per di più attribuendo a prodotti dell'autonomia collettiva confezionati a livello aziendale o territoriale efficacia *erga omnes*, anche in deroga ai contenuti del Ccnl. La questione diventa peraltro più complessa se si entra nello specifico delle materie che possono costituire oggetto di intervento. Nella versione originaria della disposizione – quella di cui al d.l. n. 138/2011 – si riteneva che l'elencazione delle materie fosse esemplificativa. La versione definitiva circoscrive l'oggetto delle specifiche intese «con riferimento» a un ampio catalogo di sottomaterie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione. L'aggiunta di questo inciso, unita alla necessità di leggere la disposizione in chiave restrittiva (stante la sua funzione dismissiva di diritti derivanti da norme inderogabili), induce a ritenere che l'elenco sia tassativo. La possibilità di fornire un'interpretazione effettivamente circoscritta

delle materie, tuttavia, risulta in qualche modo nuovamente compromessa dalla voluta imprecisione del legislatore nell'utilizzo delle categorie definitorie: il riferimento alle «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro» appare infatti come una formula di chiusura a carattere onnicomprensivo, idonea a ricomprendere al suo interno sia gli istituti espressamente individuati in precedenza (mansioni, orari di lavoro ecc.), sia ogni altro aspetto relativo alla regolazione del rapporto individuale di lavoro e del trattamento economico e normativo. E qui, forse, si potrebbe anche prospettare un intervento in deroga che snaturati i corpi di disciplina ordinariamente riconducibili a un determinato schema contrattuale di lavoro, fino a lambire il principio dell'indisponibilità del tipo. Beninteso, ciò non significa che attraverso l'utilizzo della contrattazione di prossimità sia stato affidato all'autonomia collettiva anche il potere di qualificare un contratto di lavoro in modo difforme dalla connotazione tipologica che si manifesta nell'ambito del dispiegamento del rapporto nella realtà effettuale. L'art. 8, legge n. 148/2011, infatti, per un verso fa salvi i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, per l'altro consente le deroghe nel rispetto dei principi costituzionali, tra cui rientra anche quello di indisponibilità del tipo, fissato con la sentenza n. 121 del 1993 della Consulta. L'erosione dell'indisponibilità tipologica può però verificarsi indirettamente, attraverso la sottrazione più o meno ampia di fasce di discipline inderogabili che, anche se non decisive ai fini delle operazioni di qualificazione della fattispecie, rivestono un rilievo caratterizzante ai fini della connotazione dello schema negoziale prescelto. D'altra parte, i nessi tra l'indisponibilità del tipo e l'inderogabilità dello statuto protettivo della subordinazione sono fortemente compenetrati, perché è chiaro che l'indisponibilità del tipo non nasce in funzione astratta, ma ha lo scopo di assicurare, attraverso l'inderogabilità dei diritti e delle garanzie costituzionali, la tenuta riequilibratrice della disciplina di protezione del lavoro subordinato.

Tra le materie oggetto di intervento non figura la retribuzione; quindi la deroga non potrebbe riguardare i minimi tabellari della contrattazione collettiva di categoria, peraltro finora utilizzati dalla giurisprudenza come parametro di riferimento cui ancorare la determinazione della giusta retribuzione, secondo il limite costituzionale dell'art. 36. Anche in questo caso, però, si potrebbero configurare interventi della contrattazione di prossimità che incidano sul trattamento economico, quantomeno indirettamente. Si pensi a una modifica sul sistema delle classificazioni e degli inquadramenti professionali, che certamente

avrebbe ripercussioni sulla retribuzione. Qui si potrebbe obiettare che in fondo la valutazione sui contenuti professionali delle mansioni è materia che è già stata delegificata e affidata alla contrattazione collettiva – ad esempio, nel pubblico impiego –, laddove la valutazione sull'equivalenza è sostanzialmente rimessa agli attori sindacali. Tuttavia, anche nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle p.a., il Governo della mobilità orizzontale non è pienamente discrezionale, atteso che l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 circoscrive gli spazi del giudizio di equivalenza con riferimento all'area di inquadramento, presupponendo pertanto un'attività di controllo dell'effettiva omogeneità tecnico-professionale dei compiti cui il lavoratore venga di volta in volta adibito nell'area di riferimento. In altri termini, l'articolo 52 non è una norma in bianco, e dunque non consente a livelli inferiori come quello aziendale di potere derogare totalmente al principio di equivalenza; c'è una cornice ben precisa, che è rimessa a un sistema di classificazione stabilito dal contratto collettivo del comparto, quindi è un'ipotesi assai diversa rispetto a quella dell'articolo 8 che consente la disaggregazione e la frammentazione di mansioni e qualifiche in diversi microsistemi.

6. — Infine, un ultimo profilo di interesse, sotto il profilo della illegittimità costituzionale della disposizione, attiene alla possibile violazione, oltre che dell'art 3, anche dell'art. 117 Cost.

La questione, a mio avviso, non deriva dalla necessità di trasporre sui contratti di prossimità i principi costituzionali in materia di riparto di competenze tra Stato e Regioni, in forza di una discutibile assimilazione degli accordi collettivi alla legge, fondata sull'efficacia generale di entrambe le fonti. Per adombrare un vizio di costituzionalità è sufficiente tenere in considerazione che la Costituzione, nel testo novellato dalla legge n. 3/2001, affida alla esclusiva competenza dello Stato le materie dell'ordinamento civile e il compito di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Ed è da questa esigenza di uniformità che deriva, direttamente, la necessità di garantire degli standard di tutela giuslavoristica che operino non solo in funzione protettiva della forza lavoro, ma anche come argine contro strategie di competizione imprenditoriale basate sulla riduzione dei costi sociali e sulla alterazione della *fair competition* tra gli operatori di mercato.

Franco Scarpelli (*)

**IL RAPPORTO TRA LA LEGGE
E LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA DI PROSSIMITÀ
NELL'ART. 8 DEL D.L. N. 138/2011 (**)**

1. — Il profilo di indagine che mi è stato assegnato va dritto al cuore della norma, tanto discussa quanto discutibile, della quale oggi dibattiamo. È necessario interrogarsi innanzitutto sull'operazione di politica del diritto che l'ha prodotta, accostandovisi per quanto possibile senza pregiudizi al fine di rintracciarne origini e ragioni, pur nella constatazione da quasi tutti condivisa della discutibile formulazione del testo normativo e dei tanti dubbi che ne sorgono.

Credo vada ricordato che l'articolo 8 non è un episodio isolato, ma il momento finale e più radicale di un progetto di revisione del modello di regolazione dei rapporti di lavoro e sociali che caratterizza il nostro ordinamento: un progetto che muove dal *Libro bianco* del ministero del Lavoro dell'autunno del 2001 e si sviluppa poi per più passaggi, più o meno incerti e compiuti nella loro esecuzione, in almeno un decennio di legislazione delle maggioranze politiche di centrodestra. Il *Libro bianco*, utilizzando in maniera discutibile il concetto di sussidiarietà, affermava che questo deve applicarsi anche nel rapporto «fra intervento pubblico e attività delle parti sociali»; in tale modo, cito testualmente: «il legislatore (nazionale o regionale) dovrebbe intervenire solo dove le parti non abbiano sufficientemente svolto un ruolo regolatorio. In questo senso verrebbe esaltata appieno la funzione del contratto collettivo (nella sua prospettiva interaziendale) come strumento regolatore di una corretta competizione fra imprese sul piano sociale». Sottolineo il fatto che si fa qui riferimento solo alla competizione tra imprese, obliterando il problema della tutela di interessi generali o sociali da sottrarre al gioco stesso della competizione economica (sul punto tornerò tra breve).

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Milano-Bicocca.

(**) Il contributo anticipa in parte i contenuti di uno scritto destinato al *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli.

Il progetto ora richiamato si è sviluppato attraverso la messa in discussione dell'inderogabilità della legge così come (sia pure in misura minore) del rapporto di nderogabilità tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro: ciò è avvenuto con diversi istituti toccati o introdotti dal decreto legislativo n. 276 del 2003, e poi con il (possibile) superamento del vincolo di nderogabilità della legge in sede di gestione delle controversie, quando queste siano affidate allo strumento arbitrale secondo le linee del cd. Collegato lavoro del 2010 (legge n. 183). L'articolo 8 del d.l. n. 138/2011 ne costituisce ora il più radicale sviluppo, sancendo la regola di pari ordinazione tra legge e contrattazione collettiva, la cui portata, almeno sul piano sistematico e dell'impatto teorico, non mi pare in alcun modo sminuita dal fatto che alla contrattazione di prossimità sono posti limiti di legittimazione soggettiva e di carattere procedurale (in funzione della sua efficacia generale), di contenuto (le materie del comma 2) e di finalizzazione agli obiettivi definiti dall'ultimo periodo del comma 1 della norma. Non mi sembra invece che costituisca un limite alla derogabilità della legge ciò che prevede il comma 2-*bis* in tema di rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali: tale esplicitazione, anzi, la quale non sembra avere carattere pleonastico (v. *infra*), conferma infatti l'inedito rapporto di parità tra legge e contrattazione collettiva nel sistema delle fonti.

Il progetto sopra ricordato trova dunque il suo completamento (pur improvvisato e tecnicamente raffazzonato, approfittando di un decreto legge di metà agosto emanato sulla spinta dell'emergenza economico-finanziaria), proponendo una logica di discutibile sussidiarietà mirante ad aprire ulteriori spazi di flessibilità regolativa in funzione di sostegno della competitività a livello «micro» (aziendale o territoriale): logica che tuttavia, come dirò tra un attimo, assume implicitamente una concezione del ruolo di legge e contrattazione, nella definizione dei complessi equilibri degli interessi emergenti nella materia del lavoro, che pare estranea alla tradizione del nostro ordinamento e alla stessa realtà sociale.

Se è però consentita, in conclusione di queste note introduttive, una breve considerazione di carattere politico, deve onestamente riconoscersi che la cultura di destra ha, in effetti, saputo produrre un complessivo progetto politico-culturale di revisione della regolazione del lavoro, il quale – per quanto a mio parere per nulla condivisibile nelle sue linee di fondo, e molto discutibile nei contenuti – ha tratto la propria forza anche dal fatto che sul fronte opposto è mancato un progetto politico-culturale alternativo, in grado (oltre le tentazioni conser-

vatrici delle posizioni più radicali e la linea di ordinaria amministrazione delle posizioni riformiste) di adeguare i modelli di regolazione del lavoro alle sfide contemporanee.

D'altro canto, non si può evitare di segnalare come il progetto di regolazione neo-liberista, nella versione concretamente praticata in Italia negli atti di regolazione dei governi e delle maggioranze di centrodestra, non si sia rivelata all'altezza delle proprie stesse enunciazioni, incorrendo in una serie di fallimenti operativi o, quel che è peggio, risolvendosi in prodotti normativi utilizzabili (e utilizzati) soprattutto nelle logiche meno virtuose della competizione economica, favorendo la rincorsa a una competitività basata più sull'abbattimento dei costi sociali che non sull'efficienza dei prodotti, dei modelli di produzione e delle dinamiche concorrenziali. È difficile dire se ciò avverrà anche per il suo ultimo sviluppo, ovvero l'art. 8 del quale stiamo discutendo, ma sono molti i segnali che spingono in tale direzione.

2. — I sostenitori della bontà dell'art. 8 affermano generalmente che la norma si porrebbe in linea con uno schema già conosciuto e ampiamente sperimentato dall'ordinamento, facendo riferimento ai numerosi casi nei quali la legge delega particolari poteri regolatori alla contrattazione collettiva (in genere alla sola contrattazione di cui sono attori soggetti qualificati dal possesso di un certo grado di rappresentatività) per la disciplina di specifici aspetti dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione di impresa, anche in modo difforme da disposizioni altrimenti inderogabili. Gli esempi che potrebbero farsi sono numerosi, e tra questi quello della disciplina dei tempi di lavoro (orario, intervalli e pause) posta dal d.lgs. n. 66 del 2003, o del lavoro a tempo parziale disciplinato dal d.lgs. n. 61 del 2000 normative nelle quali è in effetti frequente il rinvio integrativo e in funzione autorizzatoria alla contrattazione collettiva: materie tra le più significative, oltre che d'impatto concreto più elevato, in quanto particolarmente complessa è al loro interno la combinazione degli interessi coinvolti, non riducibili al tradizionale conflitto binario tra lavoro a capitale.

È proprio tale complessità, a mio parere, a rendere evidente che quando si autorizza la contrattazione in deroga per intere materie, come fa ora l'art. 8, non si è più in presenza di una semplice delega o di una norma di autorizzazione, ma della rimozione del carattere stesso dell'inderogabilità della legge, e quindi di un radicale rivolgimento del rapporto tra le fonti. Nel caso di singole deleghe, infatti, per quanto significative e numerose, è pur sempre la legge a definire selettivamente

quali interessi possano essere affidati alla gestione della autonomia privata e quali no; la rimozione del generale vincolo di inderogabilità significa invece arretrare rispetto a tale funzione.

La prima questione che ci si deve porre, dunque, è se un simile rivolgimento sia compatibile con il quadro costituzionale.

Si potrebbe obiettare che l'effetto descritto non è diverso da quello in cui il legislatore decida di delegificare una certa materia, ma l'obiezione non sarebbe a mio parere pertinente. Infatti, non siamo qui di fronte a una delegificazione, poiché la derogabilità è ammessa solo nel caso e per la situazione concreta (la singola impresa) nella quale operi la contrattazione di prossimità, mentre la regola di legge rimane vigente e, per la restante generalità dei consociati, inderogabile; il che pone con evidenza un problema di compatibilità col principio di eguaglianza.

L'apologeta dell'art. 8 potrebbe ancora osservare che il venir meno del carattere cogente della regolazione legale di una certa materia è compensato dalla (ipotetica) realizzazione di una delle finalità individuate dal comma 1, ultimo periodo (sorvolo qui sulla genericità dell'indicazione di alcune di tali finalità e sui problemi interpretativi connessi, affidati alla competenza di altro intervento). Un simile argomento, a mio parere, denuncia il limite di concezione del ruolo della legge che sta dietro all'opzione di politica del diritto riconducibile al *Libro bianco* del 2001, centrato, come si sottolineava, sull'enfatizzazione del (solo) profilo della competizione tra le imprese. La disciplina legale, tuttavia, non è solo regola dell'operare economico, ma anche suo ordinamento e suo limite, ad esempio nel momento in cui decide di sottrarre alcuni valori alle dinamiche della competizione economica, anche al costo di condizionarne in via immediata gli sviluppi, elevandoli a diritti soggettivi non disponibili: talvolta per la tutela di valori sociali altri rispetto alla dinamica economica, talaltra per il perseguimento di finalità anche di carattere economico perseguibili nella sola prospettiva «macro», in contrapposizione alla visione atomistica dominante a livello di impresa.

Si pensi proprio al caso della regolazione dell'orario di lavoro o del *part-time*, nel quale sono in gioco (anche, e tra l'altro) i valori della conciliazione tra lavoro e vita familiare: qui la legge, nel fissare la frontiera dei diritti individuali, assolve anche al compito di tutelare le esigenze di gruppi di minoranza, cosa che evidentemente non spetta fare alla contrattazione collettiva (la quale può svolgersi secondo linee più o meno solidaristiche, ma tutela per sua natura interessi economici aggregati secondo dinamiche maggioritarie).

La stessa attuazione dei principi costituzionali, che il comma 2-*bis*

dell'articolo 8 richiama come vincoli alla contrattazione di prossimità, avviene da parte della legge con la fissazione di equilibri non sempre scontati, non sempre semplici né immutabili nel tempo. Basti pensare all'evoluzione della regolazione delle clausole di flessibilità ed elasticità nel *part-time*; tema sul quale, come rilevato da una nota sentenza della Corte Costituzionale (la n. 210 del 1992), sono in gioco valori della persona tutelati a livello primario: eppure tali valori hanno ricevuto regolazione legislativa variabile nel tempo (si pensi alla versione originaria del d.lgs. n. 61 del 2000 e alle sue successive modifiche con il d.lgs. n. 276 del 2003), ciò che dimostra che non è sufficiente il riferimento al principio costituzionale, il quale può essere tradotto in un certo modello regolativo, o in altro, secondo scelte che rientrano nella responsabilità del legislatore. È immaginabile che tale opera sia affidabile alla contrattazione collettiva (nel momento in cui le si demanda l'intera materia degli orari), e dunque ad atti di autonomia privata, senza che la linea dei diritti sia fissata da una norma eteronoma?

È allora opportuno rammentare che in più occasioni la Corte Costituzionale ha sottolineato il ruolo indefettibile della legge nell'attuazione dei principi sanciti dalla Carta a tutela del lavoro (si vedano le sentenze n. 106 del 1962 sulla legge Vigorelli, n. 34 del 1985 sul decreto di blocco della scala mobile, n. 103 del 1989 sul principio di parità di trattamento ecc.): nel 1962, la Corte, affermando l'inesistenza di una riserva normativa per la contrattazione collettiva, sottolinea il fatto che gli articoli 3, 35, 36 e 37 «non soltanto consentono, ma insieme impongono al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro». Vi è dunque da dubitare della compatibilità con il quadro costituzionale della scelta di affidare intere materie alla libera regolazione da parte della contrattazione: operazione i cui dubbi non mi paiono fugati, come già accennavo, dal porre il limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dal diritto sovranazionale.

3. — Rispetto a tale scelta, peraltro, vanno ancora segnalati alcuni elementi di contraddizione rilevabili alla luce di uno sguardo sistematico al sistema delle fonti.

Come si accennava inizialmente, l'art. 8 trova un precedente nelle disposizioni del Collegato lavoro (legge n. 183 del 2010), le quali, ammettendo la possibilità di devolvere le controversie di lavoro ad arbitri, anche con richiesta di decidere secondo equità, già ponevano in discussione la regola di inderogabilità, sia pure nei limiti della disposizione

dei diritti che si realizza in una controversia. È noto che su tale punto si è focalizzata, tra l'altro, l'attenzione del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nel messaggio con il quale il 31 marzo 2010 rinviò la legge alle Camere per un nuovo esame. Vale la pena di richiamarne quasi integralmente il relativo passaggio: «Come è noto, nell'arbitrato di equità la controversia può essere risolta in deroga alle disposizioni di legge: si incide in tal modo sulla stessa disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, rendendola estremamente flessibile anche al livello del rapporto individuale. Né può costituire garanzia sufficiente il generico richiamo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, che non appare come tale idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti; e comunque un aspetto così delicato non può essere affidato a contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, suscettibili di alimentare contenziosi che la legge si propone invece di evitare. [...] Del resto un arbitrato di equità può svolgere un ruolo apprezzabile e utile solo a patto di muoversi all'interno di uno spazio significativo ma circoscritto in limiti certi e condivisi. In sostanza l'obiettivo che si intende perseguire è quello di una incisiva modifica della disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, che si è finora prevalentemente basata su normative inderogabili o comunque disponibili esclusivamente in sede di contrattazione collettiva. E, in effetti, l'esigenza di una maggiore flessibilità risponde a sollecitazioni da tempo provenienti dal mondo dell'imprenditoria, alle quali le organizzazioni sindacali hanno mostrato responsabile attenzione guardando anche alla competitività del sistema produttivo nel mercato globale. Si tratta pertanto di un intendimento riformatore certamente percorribile, ma che deve essere esplicitato e precisato, non potendo essere semplicemente presupposto o affidato in misura largamente prevalente a meccanismi di conciliazione e risoluzione equitativa delle controversie, assecondando una discutibile linea di intervento legislativo – basato sugli istituti processuali piuttosto e prima che su quelli sostanziali – di cui l'esperienza applicativa mostra tutti i limiti».

Tale autorevole presa di posizione conferma, in primo luogo, la criticità di un arretramento generale dall'inderogabilità, in assenza dunque di una definizione dei diritti non disponibili, anche oltre il mero rispetto dei principi costituzionali. Va in ogni caso rammentato che, a seguito del messaggio presidenziale, la versione definitiva degli artt. 412 e 412-*quater* cod. proc. civ. esplicita quale limite all'operare dell'equità il rispetto (non solo dei principi generali dell'ordinamento, già presente nella prima versione, ma anche) «dei principi regolatori della materia», il

che, pur con vaghezza idonea a promuovere sul punto un inevitabile protagonismo giudiziario, riafferma la centralità della fonte legale nella definizione degli assetti fondamentali di equilibrio tra interessi particolari, di gruppo, collettivi e generali connessi a ogni singola materia.

La mancanza di un simile riferimento nell'art. 8 del decreto n. 138 del 2011 (salvo che si voglia recuperarlo in via interpretativa) espone la norma, a maggior ragione, a censure di incompatibilità col sistema.

Una seconda osservazione, sempre sul piano generale, conduce a rilevare l'intollerabile contraddizione che si apre nel sistema delle fonti confrontando la soluzione dell'art. 8 con gli assetti dei rapporti tra legislazione statale e regionale, così come definiti dall'art. 117 Cost. a seguito della riforma del Titolo V e dalla successiva costante giurisprudenza costituzionale. Sotto questo profilo deve dunque segnalarsi come, in forza dell'art. 8, sia oggi consentito alla contrattazione collettiva di prossimità fare, nei rapporti con la fonte legale statale, ciò che non è ammesso per la legislazione regionale, la quale in materia di disciplina dei rapporti di lavoro deve rispettare la competenza esclusiva della legge statale (e anche per le materie affidate alla competenza ripartita sembra dover soffrire vincoli maggiori di quelli formalmente indicati per la contrattazione di prossimità).

Il che pare, appunto, esito difficilmente comprensibile.

Infine (ma con fugace osservazione, trattandosi di tema non affidato alla mia competenza), qualche dubbio sorge anche con riferimento al rapporto tra fonti nazionali ed europee, rispetto al quale non pare sufficiente il vincolo esplicitato dal comma 2-*bis* dello stesso art. 8.

I vincoli «derivanti dalle normative comunitarie», infatti, e segnatamente dalle Direttive, sono affidati all'attuazione da parte dei singoli ordinamenti nazionali secondo modelli che in molti casi, fermo il rispetto di una certa finalità, possono muoversi secondo diverse alternative regolative: affidare alla contrattazione di prossimità (e dunque ad atti privi di efficacia generale per un certo settore e per l'intero territorio nazionale) il potere di derogare alla normativa legale di attuazione del diritto comunitario, ponendola in diretto rapporto con la stessa fonte europea, significa ammettere un'attuazione non uniforme dello stesso diritto comunitario all'interno dell'ordinamento nazionale, il che solleva dubbi di compatibilità non solo e non tanto con i principi di tutela sociale, ma prima di tutto con quelli di regolazione della concorrenza.

4. — Venendo infine al rapporto tra contrattazione di prossimità e norme costituzionali, va in primo luogo segnalato come la previsione

del comma 2-*bis* non possa considerarsi pleonastica, come in prima battuta si sarebbe forse indotti a ritenere assumendo l'ovvietà del dovere di rispetto della Costituzione. Mi pare, infatti, che la sua esplicitazione sia diretta a porre la norma al riparo da problemi di illegittimità costituzionale (i quali, come accennato, non mancano tuttavia per altre ragioni), scaricando sul contratto collettivo la responsabilità del rispetto dei principi e delle norme della Carta fondamentale e affidando al giudice il ruolo di verificarne tale rispetto. Di conseguenza, l'eventuale contrasto tra un contratto stipulato ai sensi dell'art. 8 e una norma costituzionale non determinerebbe, di per sé, l'illegittimità della disposizione che lo ha legittimato, ma la nullità del medesimo atto negoziale, *ex artt.* 1418 o 1419 cod. civ.

Ciò rilevato, e salvo ritenere nuovamente che la norma sia incompatibile con le linee costituzionali del sistema delle fonti in materia di lavoro, appare evidente che il meccanismo dell'art. 8 affida al giudice un ruolo, assai più intenso del normale, di «custode» della Costituzione: il che ovviamente esalta e moltiplica i possibili profili di contenzioso e l'incertezza nell'applicazione della norma, con effetto decisamente paradossale se si rammenta che i fautori dell'art. 8 sono i medesimi che da tempo (dallo stesso *Libro bianco* del 2001) predicano la necessità di un contenimento del ruolo del giudice nell'effettività del diritto del lavoro.

Per comprendere quanto si è sottolineato, basti pensare a una disposizione centrale del disegno costituzionale della materia economica quale l'art. 41 e al ricco e appassionante dibattito svoltosi su di essa nella stagione immediatamente successiva all'entrata in vigore della Carta repubblicana. In quel dibattito, che aveva al suo centro la concezione e le linee della «costituzione economica» italiana, si sono intrecciate le voci degli stessi giuslavoristi con quelle dei costituzionalisti e dei giuscommercialisti; pur trattandosi di temi di rilievo teorico generale, la regolazione dei rapporti di lavoro assunse in quell'occasione un ruolo e una centralità indiscussi, costituendo il terreno sul quale più forti e immediate emergevano le contraddizioni tra i termini reali della discussione: sfera economica e sfera politica, profitto e valori della persona. Si trattava del dibattito sulla funzionalizzazione dell'iniziativa economica all'utilità sociale e la possibilità di rivenirvi in via interpretativa limiti ai poteri datoriali (dibattito del quale furono protagonisti, tra gli altri, giuristi del calibro di Ugo Natoli e Gustavo Minervini).

È noto che secondo la tesi risultata prevalente (affermatasi anche grazie al fatto che nel frattempo andava maturando una significativa legislazione di attuazione dei principi costituzionali, poi culminata nel va-

ro dello Statuto dei lavoratori) spetta al legislatore, con relativa assunzione di responsabilità politica, tradurre in concreto i limiti dello svolgimento dell'iniziativa economica in funzione del non contrasto con l'utilità sociale e della tutela dei valori di sicurezza, libertà e dignità umana, in attuazione dell'art. 41, comma 2.

A me pare evidente che l'arretramento della fonte legale, prefigurato dall'art. 8 del d.l. n. 138, trasferisce in capo al giudice la funzione di verificare non solo il rispetto dei vincoli costituzionali espressi, ma anche l'attuazione delle norme programmatiche e di principio della Carta costituzionale, aprendo la possibilità di un sindacato giudiziario sul contratto collettivo di prossimità che entri nel merito delle soluzioni negoziali adottate, al fine di verificarne, ad esempio, la coerenza con il limite del non contrasto con l'utilità sociale (verifica degli atti di autonomia negoziale sino a oggi non necessaria, dovendo ritenersi sufficiente la verifica di compatibilità col quadro legale, spettando a quest'ultimo di definirne gli spazi di operatività ritenuti coerenti a quanto dispone l'art. 41).

Nuovamente soccorre quale utile esempio la tematica dell'orario, nella quale, venendo meno la definizione legale (in quanto ora derogabile) degli spazi di flessibilità ritenuti compatibili col quadro costituzionale, ogni soluzione adottata dalla contrattazione di prossimità dovrà essere valutata alla luce dei principi di tutela della persona, di tutela della condizione delle lavoratrici, di rispetto dell'utilità sociale connessa alla conciliazione tra lavoro e vita privata ecc. In tutti questi casi il giudice potrà e dovrà dichiarare la nullità della clausola contrattuale ove ritenga la stessa in contrasto con i principi costituzionali; contrasto che, anche al fine di non esercitare un soggettivismo incontrollato, con ogni probabilità sarà valutato in relazione ai «principi regolatori della materia», come rilevabili nella regolazione legale succedutasi nel tempo, nella sua interpretazione giurisprudenziale, negli orientamenti delle alte Corti ecc.

La soluzione dell'art. 8, dunque, se pure il suo impianto dovesse tenere a un giudizio di legittimità costituzionale, sembra destinata ad aprire una stagione di «giurisprudenza dei principi» applicati alla contrattazione collettiva: rivoluzionando, se vogliamo, la prevalente lettura che tendeva (condivisibilmente) a salvaguardare la contrattazione collettiva da ogni sindacato di merito e di ragionevolezza, cosa che tuttavia pareva possibile proprio per la netta distinzione di terreni e responsabilità tra fonte legale e contrattuale, che l'art. 8 fa venir meno.

Andrea Lassandari (*)

IL LIMITE DEL «RISPETTO DELLA COSTITUZIONE»

1. — L'approfondimento che svolgo non è volto a individuare i molteplici possibili elementi di illegittimità costituzionale dell'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito con legge n. 148 del 2011: questi sono oggetto di analisi soprattutto in altri interventi e comunque emergono prendendo in considerazione l'insieme dei medesimi.

Piuttosto ci si intende concentrare sul comma 2-*bis* dell'articolo, fondamentale integrazione frutto della legge di conversione, secondo cui: «Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Si tratta del comma probabilmente più contestato: qui attribuendosi appunto al contratto collettivo aziendale nonché territoriale, alle condizioni precisate nelle norme precedenti, efficacia oggettiva capace di prevalere sul contratto collettivo nazionale di categoria nonché sulla stessa legge. La norma è stata ritenuta, con argomentazioni convincenti, eversiva dell'ordinamento lavoristico, perché in grado di introdurre, su temi e istituti tanto vasti quanto importanti, una frammentazione estrema: incommensurabilmente più ampia, per intenderci, di quella che una interpretazione dell'art. 117 Cost. diversa dall'indirizzo poi impostosi (grazie al ripetuto intervento della Corte Costituzionale) avrebbe prodotto, per il tramite della legislazione regionale. Inoltre perché potenzialmente capace di sollecitare e produrre tra le imprese, nel medio ma già nel breve periodo, un processo generalizzato di adeguamento «al ribasso», rispetto alla tutela assicurata ai lavoratori: evolutio-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna, sede di Ravenna.

ne tanto più probabile e credibile, quanto maggiori sono le difficoltà economiche, produttive e occupazionali.

Ebbene, nel comma viene stabilito che le «specifiche intese di cui al comma 1», pur potendo derogare alla legge, devono in ogni caso rispettare la Costituzione. Precisazione ovvia e pertanto in apparenza inutile: salvo non si immagini che sia stata introdotta per contrapporsi «in anticipo», per così dire, a eventuali censure di illegittimità costituzionale.

Allo stesso modo viene poi puntualizzato come i cd. «accordi di prossimità» siano tenuti a rispettare i «vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro»: altro riferimento in gran parte probabilmente deducibile dal primo, concernente la Costituzione, considerato che è quest'ultima a consentire all'ordinamento sovranazionale dell'Unione europea nonché all'ordinamento internazionale del lavoro di assumere rilievo nel nostro sistema giuridico. La previsione pare tuttavia utile e significativa soprattutto per quel che concerne le norme di diritto internazionale del lavoro: sottraendo le leggi nazionali di ratifica delle convenzioni Oil alla possibilità di intervento derogatorio *in peius* da parte degli accordi collettivi.

Di seguito si cercherà allora di comprendere in che modo operi il limite del rispetto del vincolo costituzionale, nell'economia dell'art. 8. Risulta subito evidente che tale aspetto è strettamente connesso alla ricostruzione dell'ambito in cui può intervenire la disciplina delle intese «di prossimità», come in particolare individuabile in relazione alle finalità e materie precisate nei commi 1 e 2.

Se la serie di finalità, data l'estensione assai ampia, non pare consentire notevoli delimitazioni, osservazioni diverse vanno formulate sulle materie, anche alla luce dell'*incipit* del comma 2: qui viene infatti stabilito che queste ultime debbano essere «inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione». Il pur nutrito elenco di istituti seguenti, tutt'altro che facilmente ricostruibile in considerazione delle formulazioni utilizzate, è quindi connesso a tali specifici profili.

Sempre a proposito delle materie si dà sinteticamente conto di un ulteriore aspetto, peraltro decisivo. Nell'elenco contenuto nel comma 2 vengono anche menzionate, ai sensi della lettera e, le «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro». In particolare, il riferimento alla «disciplina dei rapporti di lavoro», se considerato a sé stante, permetterebbe ai contratti collettivi «di prossimità» di regolare l'intero diritto del lavoro (da intendere come comprensivo pure dei rapporti non subordinati): ciò rendendo evidentemente del tutto inutile cercare di precisare il significato degli ulteriori rinvii a istituti sempre compresi nell'elenco.

Proprio quest'ultimo effetto rende però improspettabile, sul piano sistematico, l'interpretazione apparentemente desumibile dalla lettera: è evidente che la presenza di un elenco non avrebbe alcun senso, ove si consentisse poi ai «contratti di prossimità» di intervenire in qualunque ambito. Restando però nello stesso tempo indubbiamente complicato comprendere che cosa debba intendersi per «disciplina dei rapporti di lavoro» (Cfr. P. Lambertucci, *Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *Contrattazione in deroga*, a cura di F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2012, p. 367 ss.; O. Mazzotta, "Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Law. dir.*, 2012).

Nelle pagine che seguono verrà accolto in ogni caso l'indirizzo, secondo cui al riferimento non deve essere attribuito alcun contenuto innovativo rispetto a quanto già desumibile dalla considerazione degli altri istituti.

2. — Agli specifici fini di questa indagine, sembra prospettabile una ripartizione di carattere empirico tra le materie contenute nel comma 2.

Si ritiene che per alcuni degli istituti compresi nell'elenco il vincolo del «rispetto della Costituzione» possa avere rilevanti concreti impatti: perché la regolamentazione legale, secondo prevalente e talora quasi unanime indirizzo espresso da dottrina, giurisprudenza e dalla stessa Corte Costituzionale, realizza un «bilanciamento» tra valori, principi e interessi costituzionali direttamente coinvolti. Cosicché la modificazione della norma di legge, da parte della «contrattazione di prossimità», esporrebbe immediatamente quest'ultima a una verifica di adeguata nuova realizzazione del «bilanciamento».

Per altri istituti, invece, il limite costituzionale non sembra condizionare in modo considerevole l'eventuale intervento in deroga della contrattazione. Infatti la disciplina legale, espressione dell'interesse generale e frutto di indirizzi politici prevalsi nel tempo, in tal caso non costituisce, sempre in relazione alla prevalente interpretazione, esito imposto dal sistema costituzionale.

3. — Seguendo tale impostazione, non sono allora facilmente individuabili possibilità di regolamentazione collettiva *in peius*, rispetto alle prescrizioni legali, a proposito delle «modalità di assunzione», formula prevista nella lettera *e* del comma 2 dell'art. 8. Più precisamente, si legge nel testo, «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite Iva». Della «disciplina del rapporto di lavoro» si è però già detto;

mentre verranno analizzate più avanti le specifiche forme di lavoro non subordinate indicate.

A proposito delle «modalità di assunzione» occorre intanto rilevare – ma l'osservazione sarà ripetuta più volte – che l'espressione risulta tutt'altro che chiara. Intesa come «caratteristiche e forme dell'assunzione» si collegherebbe alle previsioni del comma 2 concernenti ulteriori figure di lavoro; apparendo tuttavia pure in questo caso improbabile che, dopo aver elencato per quali tipologie contrattuali la «contrattazione di prossimità» possa intervenire, si consenta poi alla medesima di regolamentare qualunque forma.

Considerata invece, più plausibilmente, come sinonimo di «procedure di assunzione», la materia concerne un ambito regolato da norme tutte strettamente connesse a previsioni e principi costituzionali.

Sono infatti in tal modo innanzitutto coinvolti istituti di competenza legislativa regionale, secondo l'interpretazione più diffusa della formula «tutela e sicurezza del lavoro» prevista dall'art. 117 Cost., comma 3. Proprio sulla base di questa connessione d'altra parte, oltre che in relazione ad alcune delle finalità individuate nel comma 1 dell'art. 8, è stato presentato un ricorso di legittimità costituzionale da parte della Regione Toscana: la Corte costituzionale, con pronuncia del 4 ottobre 2012, ha peraltro respinto il ricorso, sostenendo che gli istituti di cui all'art. 8, co. 2, siano tutti «riconducibili [...] alla materia dell'ordinamento civile, rientrando nella competenza legislativa dello Stato».

Esclusa comunque la possibilità, per la legge dello Stato, di devolvere all'autonomia collettiva la disciplina di profili attribuiti dalla Costituzione alla competenza regionale, la «contrattazione di prossimità» potrebbe astrattamente intervenire sui soli «principi fondamentali», cui le Regioni sono chiamate ad attenersi, certamente invece di competenza statale.

Ma va da sé che i principi in questione, per definizione, esprimano valori fondativi dell'ordinamento, come in particolare ricostruiti nella Costituzione. Gli obblighi preventivi di comunicazione ai servizi pubblici del lavoro, ricadenti oggi sui datori di lavoro non solamente a fronte della conclusione di un rapporto di lavoro subordinato, paiono in effetti strettamente connessi all'art. 4 Cost.

Precisi riferimenti costituzionali sono d'altra parte individuabili pure a proposito delle discipline speciali: l'obbligo di assunzione di persone disabili; la stipulazione del contratto di lavoro con cittadini non comunitari; l'autorizzazione della prestazione di lavoro all'esterno dell'Unione europea, concernente cittadini italiani; l'avviamento a selezione,

quanto alle mansioni più elementari, nel pubblico impiego [Cfr. A. Lasandari, *L'intervento pubblico nel mercato del lavoro dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 229 ss.].

Così come non pare sostenibile che la contrattazione collettiva «di prossimità» possa incidere sugli obblighi di comunicazione agli enti previdenziali (peraltro oggi posti a carico dei servizi provinciali e regionali per l'impiego, primi destinatari di tali comunicazioni).

Anche in relazione agli obblighi di informazione del datore nei confronti dei prestatori di lavoro è infine possibile individuare riferimenti normativi di rango costituzionale; in tal caso è però probabilmente decisiva, precludendo deroghe collettive, la regolamentazione comunitaria.

3.1. — È invece assai più contenuto nell'estensione, e in apparenza comprensibile, il riferimento dell'art. 8, comma 2, lett. *a*, legge n. 148 del 2011, «agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie». In tal caso emerge una esplicita connessione con la disciplina dell'art. 4, legge n. 300 del 1970, e probabilmente però anche con ulteriori manifestazioni del potere di controllo del datore di lavoro, ove favorite o addirittura consentite dalla «introduzione di nuove tecnologie», a partire dalle «indagini» di cui si occupa l'art. 8, legge n. 300 del 1970.

Il generico rinvio alle «nuove tecnologie» può, in effetti, consentire collegamenti pure con ulteriori norme: quelle individuate, da tempo peraltro ritenute da adeguare, proprio in relazione al successivo fondamentale sviluppo tecnologico, paiono comunque le principali.

I profili di tutela della riservatezza e dignità dei lavoratori, sanciti agli artt. 2 e 41, comma 2, della Costituzione, assumono però in tal caso assai significativo rilievo: proprio perché le enormi potenzialità «invasive» consentite dall'evoluzione tecnologica risultano in tale ottica particolarmente pericolose. A quelli costituzionali devono d'altra parte essere aggiunti i vincoli comunitari e internazionali.

È corretto allora rilevare come l'interesse del datore a fruire delle nuove tecnologie, nell'organizzazione dell'attività produttiva e del lavoro, risulti a sua volta protetto, ai sensi dell'art. 41, comma 1, della Costituzione. Ma qualunque regolamentazione collettiva volta a incidere sulle previsioni legislative già considerate oppure sul d.lgs. n. 196 del 2003, quanto ai profili lavoristici – nonché su eventuali ulteriori disposizioni introdotte a tutela della riservatezza e dignità del prestatore –,

impone una corretta realizzazione della ben nota opera di «bilanciamento» tra principi costituzionali compresenti.

Per attuare la quale sembra correttamente impiegabile il metodo articolato in «tre differenti gradi di scrutinio: la verifica di idoneità, intesa ad accertare l'esistenza di un nesso di strumentalità attitudinale del mezzo rispetto al fine; il controllo di necessità, conosciuto anche come regola del mezzo più mite, che implica il riscontro della indispensabilità e infungibilità del mezzo; infine la ponderazione vera e propria, consistente nella comparazione tra beni, valori e interessi coinvolti nella scelta legislativa, confinante con gli schemi argomentativi del bilanciamento di interessi» (Così A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 25, che ne parla come di metodo «proprio della giurisprudenza costituzionale tedesca». V. pure A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 112 ss.). Importanti corollari di tale approccio richiedono di «evitare l'integrale sacrificio di uno dei due termini della ponderazione»; inoltre, la restrizione del diritto fondamentale del prestatore «solo nella misura strettamente necessaria» (Così A. Andreoni, *op. ult. cit.*, p. 115. V. pure M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 22).

A proposito allora dei due articoli dello Statuto dei lavoratori già considerati, pare possibile giungere esemplificativamente a talune conclusioni. L'eventuale modificazione dell'art. 4, legge n. 300 del 1970, non può certamente *sic et simpliciter* consentire il controllo occulto dei lavoratori; neanche si ritiene possa spingersi fino a eliminare il controllo collettivo [Cfr. pure R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 48; A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 132/2011, par. 9]. Proprio il superamento del controllo collettivo è stato tuttavia previsto dall'Accordo collettivo della Banca Popolare di Bari, sottoscritto in data 2 febbraio 2012.

Allo stesso modo non sembra conforme ai citati criteri di «bilanciamento» una modificazione dell'art. 8, legge n. 300 del 1970, che permetta l'utilizzo di test psicologici rivelatori della personalità del prestatore, nonché in grado di costituire «veri e propri profili della persona»; tantomeno di test genetici. Se non altro perché irrispettosi del canone di necessità/proporzionalità.

Mentre i medesimi parametri di «bilanciamento» devono essere osservati, «a fronte di specifici casi in cui il controllo informatico e/o te-

lematico (quindi a distanza) costituisca l'unico strumento idoneo ad accertare la regolarità dello svolgimento della prestazione lavorativa» (Così M. P. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p. 123 ss.).

Prestando attenzione, infine, ai cd. «controlli difensivi» del datore di lavoro, definiti come «quelle attività di vigilanza [...] esclusivamente indirizzate alla prevenzione e/o all'accertamento di condotte illecite dei dipendenti», pure realizzabili attraverso «sistemi sempre più sofisticati di monitoraggio degli accessi dei dipendenti alle reti telematiche», in particolare quanto all'impiego di internet come della posta elettronica, merita puntualizzare quel che segue (Cfr. M. P. Aimo, *op. cit.*, pp. 124 e 119. Si veda pure A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 99 ss.. Sulla problematica individuazione di tale nozione cfr. però P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore* e C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 327 ss. p. 498 ss.).

Questi controlli, se fuoriescono dall'ambito di applicazione dell'art. 4, devono comunque avvenire nel rispetto dell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori, così come del d.lgs. n. 196 del 2003. Di ciò costituendo esplicita testimonianza la deliberazione, da parte della Garante della privacy, di «Linee guida» per l'utilizzo di internet e della posta elettronica nel rapporto di lavoro [Cfr. M. P. Aimo, *La cd. cybersurveillance sui luoghi di lavoro*, E. Gragnoli, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'autorità garante*, N. Lugaresi, *Uso di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, M. Paissan, *E-mail e navigazione in internet: le linee del garante*, in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, , rispettivamente alle pp. 135 ss., 53 ss., 75 ss., 11 ss., 123 ss.].

Il contratto collettivo aziendale – come lo stesso art. 4, legge n. 300 del 1970, tutto sommato da sempre rivela, attraverso le previsioni del comma 2 – potrebbe astrattamente contribuire a individuare una utile disciplina di dettaglio: in particolare in carenza di precisi riferimenti legali o di pronunciamenti del Garante. Anche se è difficile parlare di rilevante attenzione e sensibilità tra gli attori collettivi. Sempre però e ovviamente nel rispetto del complesso equilibrio indicato.

A maggior ragione ciò deve avvenire, ove il contratto collettivo intervenga ai sensi dell'art. 8, legge n. 148 del 2011, modificando *in peius* disposizioni legislative.

3.2. — Costituisce invece da sempre istituto cardine disciplinato dalla contrattazione collettiva quello dell'inquadramento dei prestatori. Mentre l'art. 8, comma 2, lett. *b*, fa esattamente riferimento «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale».

In tal caso la legge si limita a individuare taluni generici – pur storicamente assai pregnanti – elementi di fondo, quanto alla classificazione dei lavoratori, soffermandosi invece sul delicato profilo dell'esercizio del cd. *ius variandi* da parte del datore.

Meglio precisando, a proposito dell'inquadramento dei prestatori nell'esperienza repubblicana ha costantemente avuto un ruolo dominante, con l'eccezione dei pochi anni successivi al cd. «autunno caldo» del 1969, la disciplina del contratto nazionale di categoria; l'art. 8 sembrando pertanto in tal caso soprattutto cercare di incidere – all'occorrenza creandola – sulla dialettica tra quest'ultimo e il contratto «di prossimità». Ciò rendendo nello stesso tempo però evidenti e tangibili i dubbi di legittimità costituzionali della norma, quanto alla violazione dell'art. 39 Cost., comma 1, nel momento in cui si sovrappone alle regole collettive eventualmente presenti.

All'inquadramento del personale va riconosciuta una decisiva peculiarità, posto che grazie a esso si costituisce il nucleo del rapporto di lavoro, per così dire, sotto il profilo delle corrispettive obbligazioni di prestazione e retribuzione. Solamente in seguito a tale operazione fondamentale può quindi dirsi emerga l'angolo prospettico, alla cui luce sarà eventualmente possibile formulare giudizi su eventuali trattamenti *in melius* o *in peius* dei prestatori. Gli stessi principi costituzionali di tutela dei lavoratori sovente divengono, in effetti, intellegibili, prima che fruibili, sul presupposto dell'esistenza dell'«inquadramento», come, ad esempio, chiaramente testimoniato dalla vicenda interpretativa dell'art. 36 Cost., sulla cd. «equa retribuzione».

In tal caso, la contrattazione collettiva è quindi da sempre decisiva, mentre lo stesso impatto dell'art. 8 – se misurato nei confronti delle prescrizioni legali – appare modesto.

Per ciò che invece concerne la modifica delle «mansioni» – aspetto che evidentemente presuppone la definizione dell'inquadramento – il riferimento normativo fondamentale, dato dall'art. 13, legge n. 300 del 1970, è strettamente connesso, secondo ricostruzione dominante in dottrina, giurisprudenza e presso la stessa Corte Costituzionale, agli artt. 2, 41, comma 2, 4 della Costituzione: senza trascurare lo stesso rilievo degli artt. 3, 32 e 36 [Cfr. C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; M. Brollo, M. Vendramin, *Mansioni, qualifiche*

e jus variandi, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, a cura di M. Marazza, M. Martone, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 2012, pp. 513 ss.; M. Cinelli, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele* e R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 137 ss. e 87 ss.].

Di nuovo allora va ribadito che la «contrattazione di prossimità» potrà legittimamente intervenire, derogando l'art. 2103 cod. civ., solamente se ciò avvenga nel rispetto dei criteri di «bilanciamento» di principi e interessi costituzionali, già menzionati.

Anche in tal caso sono prospettabili esemplificazioni, rese però più controverse dalla evoluzione giurisprudenziale, che ha ampliato la flessibilità di gestione nell'interesse dell'impresa; allo stesso modo dalla varietà di opinioni manifestatesi in dottrina.

Non si ritiene tuttavia conforme a corretti criteri di «bilanciamento» costituzionale l'introduzione di una nozione contrattuale di «equivalenza», in sostituzione della legale (Così invece M. Brollo, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, p. 389 ss.). Un conto, in effetti, è interpretare il concetto di equivalenza, facendo ricorso (anche) alle previsioni collettive, come da sempre avvenuto e recentemente ribadito, con concessioni piuttosto ampie proprio a queste ultime, in particolare secondo Cass., Ss. Uu., 24 novembre 2006, n. 25033. Cosa diversa è invece consentire all'autonomia collettiva la definizione di un parametro decisivo, per la tutela della professionalità dei prestatori.

In ogni caso, poi, anche aderendo al contrapposto avviso, occorrerà di volta in volta valutare la conformità delle clausole collettive ai principi costituzionali; cosicché non pare sostenibile *ex ante*, in termini generali e di principio, la legittimità dell'operazione.

Allo stesso modo, non sembra possibile, per la contrattazione «di prossimità», escludere la promozione automatica, in caso di mobilità *in melius*, così come prevedere norme generali che permettano il declassamento. Mentre nel rigoroso rispetto dei canoni imposti dal «contemperamento» tra principi costituzionali possono essere, ad esempio, previste nuove ipotesi di declassamento nonché di deroga alla «promozione automatica»; «alleggerimenti» e riduzioni della garanzia retributiva; indennità di importo prefissato in vece del risarcimento, a fronte di declassamento (Cfr. pure M. Brollo *op. ult. cit.*, e R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa...*, *op. cit.*, p. 48).

3.3. — Rilievi analoghi, a proposito della tradizionale fondamentale presenza della disciplina collettiva, devono pure essere avanzati sulla materia di cui si occupa l'art. 8, comma 2, lett. *d*, e cioè la «disciplina dell'orario di lavoro».

L'istituto è da tempo al centro del dibattito, così come della stessa negoziazione collettiva; essendosi peraltro già più volte manifestate tensioni, in tal caso, di nuovo tra previsioni collettive nazionali e aziendali. Queste hanno probabilmente raggiunto l'apice, anche per la risonanza pubblica, con la vicenda Fiat.

A proposito dell'orario, il d.lgs. n. 66 del 2003, dando attuazione a una direttiva comunitaria, ha in effetti devoluto gran parte della regolamentazione proprio all'autonomia collettiva. In tal modo introducendosi notevolissimi margini di flessibilità, attuali e potenziali, nella gestione degli orari.

Il vigente assetto normativo ha pertanto indotto i primi commentatori a mettere in discussione l'importanza della possibilità di ulteriori deroghe *in peius*, ai sensi dell'art. 8 (Così M.G. Mattarolo, *Disciplina dell'orario di lavoro*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, pp. 397 ss.).

In materia risultano comunque di nuovo decisive le previsioni costituzionali. Accanto alle norme contenute nell'art. 36 e al centrale art. 32, dato l'ovvio legame con la tutela della salute, vanno così ricordati pure gli artt. 2, 41, comma 2, 3, comma 2, soprattutto nella connessione tra tempi di lavoro e «partecipazione alla vita della comunità», della Costituzione (Così V. Leccese, *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 21 ss., in particolare p. 38).

Ebbene, si ritiene che il d.lgs. n. 66 del 2003, nell'assecondare appunto la richiesta di flessibilità nell'interesse dell'impresa, si sia già spinto molto avanti. Quanto lo hanno evidenziato proprio gli accordi Fiat di Pomigliano d'Arco, Mirafiori nonché i successivi, ritenuti in definitiva conformi al quadro legale, nonostante le radicali innovazioni [Così V. Leccese, *Orario di lavoro, pause, riposi*, in F. Carinci (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, Milano, 2011, pp. 165 ss.]. La stessa normativa di legge costituendo insomma una modalità di realizzazione del complesso «bilanciamento» di interessi e principi costituzionali coinvolti, che può sollevare perplessità: innanzitutto in connessione alla tutela della salute.

A proposito dell'orario, per le medesime ragioni, possono essere in definitiva avanzati dubbi di coerenza e conformità, rispetto al disegno costituzionale nazionale, sulla stessa regolamentazione comunitaria.

Su queste premesse non pare allora arbitrario sostenere che qualun-

que intervento in deroga delle previsioni legislative, da parte della «contrattazione di prossimità», rischi di violare la Costituzione: una sorta di presunzione semplice di non conformità, per così dire, che non sembra tuttavia facilmente superabile.

4. — I principi costituzionali coinvolti sembrano invece limitare in modo molto meno evidente le possibilità di intervento della «contrattazione di prossimità», per quel che concerne gli ulteriori istituti menzionati dall'art. 8, comma 2.

Questo è innanzitutto sostenibile, prendendo in considerazione i numerosi riferimenti concernenti le forme di lavoro diverse da quella cd. «standard», storicamente rappresentata dal contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. In effetti, nella lettera *c* del comma 2 si menzionano i «contratti a termine, i contratti a orario ridotto, modulato e flessibile» nonché i «casi di ricorso alla somministrazione di lavoro»; mentre ai sensi della lettera *e* del comma 2 assumono rilievo «le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite Iva», così come la «trasformazione e conversione dei contratti di lavoro».

Pure in tal caso emergono comunque questioni di definizione e delimitazione degli ambiti coinvolti. Ecco allora che la disciplina in deroga nei confronti del contratto di somministrazione di lavoro, salvo il problema della conversione e trasformazione su cui immediatamente si tornerà, risulta appunto limitata, considerata la chiara lettera, esclusivamente «alle causali di utilizzo» (Vedi G. Zilio Grandi, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, p. 454).

Mentre il fatto che la «trasformazione e conversione dei contratti di lavoro» venga presa in considerazione alla lettera *e*, pone il dubbio, al momento respinto dall'opinione maggioritaria, che la contrattazione «di prossimità» possa regolamentare tali profili esclusivamente per i contratti non subordinati previsti nella medesima lettera (e non per i subordinati di cui si occupa invece la lettera *d*).

In tal caso merita innanzitutto sottolineare come la disciplina collettiva derogatoria debba restare negli ambiti precisati dalle note sentenze della Corte Costituzionale n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994, su cui si sofferma Giuseppe Ferraro (V. *supra*, p. 471). A ciò conseguendo che gli stessi diritti inderogabili con fondamento costituzionale non possano essere messi in discussione, a proposito delle figure subordinate di cui alla lettera *c*, probabilmente però – ritenendo almeno parte di tali diritti operanti pure nei rapporti di lavoro non subordinati – anche delle figure invece elencate dalla lettera *e*.

A queste acquisizioni è corretto d'altra parte collegarsi per sostenere il contrasto con la Costituzione della deroga «alle disposizioni che impongono la conversione», a fronte di contratti di lavoro non subordinati simulati (Così R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa...*, *op. cit.*, p. 49, e R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 554).

Lo stesso principio di effettività può tuttavia essere ritenuto costituzionalmente tutelato, ai sensi degli artt. 3 e 35 della Costituzione; ciò consentendo allora di sostenere che pure in presenza di contratti di lavoro subordinati simulati, la sostituzione della conversione con «una sanzione economica, non proprio irrisoria», sia irrispettosa del Testo costituzionale (*Contra* tuttavia R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 48; L. Menghini, *Contratti a termine*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, p. 445; A. Perulli, V. Speciale, *op. cit.*, par. 9; R. Pessi, *op. cit.*, p. 554).

Al di là di tali inferenze, però, le norme costituzionali – di nuovo in particolare gli artt. 2 e 41, comma 2, della Costituzione – non sembra consentano di procedere facilmente, conseguendone appunto una limitazione modesta e comunque controversa dell'intervento dell'autonomia collettiva. Anche se va ricordato come pure a proposito di buona parte delle forme contrattuali subordinate indicate nella lettera *c* risultino significativi i vincoli comunitari.

Si avanzano comunque perplessità sulla possibilità, per i «contratti di prossimità», di prevedere causali non oggettive né temporanee, nel contratto a termine così come nella somministrazione di lavoro (*Contra* R. De. Punta, *op. ult. cit.*, p. 48, e L. Menghini, *op. cit.*, quanto al contratto a termine). Mentre non appare possibile prescindere, nel rapporto *part-time*, dal consenso formalizzato del prestatore, richiesto per la validità delle clausole elastiche e flessibili, né ancora non indennizzare, sempre nel rapporto *part-time* così come a proposito del lavoro intermittente, la disponibilità del prestatore (Così R. Voza, *I contratti a orario ridotto, modulato o flessibile*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, pp. 425 ss.).

Molteplici ulteriori operazioni, tutto sommato dipendenti esclusivamente dalla fantasia degli stipulanti, sembrano invece possibili. In dottrina sono state, ad esempio, indicate, a proposito del contratto a termine, l'esclusione della conversione per mancato rispetto dei limiti formali (ma non della forma scritta); la rimozione delle causali di legittimazione (salve, ma a giudizio di chi scrive, l'oggettività e temporaneità); la modifica della disciplina di proroga, prosecuzione e rinnovo (Così L. Menghini, *op. cit.*, p. 445 ss. Cfr. pure A. Perulli, V. Speciale, *op. cit.*, par. 9).

4.1. — Estremamente insidioso per la tutela dei prestatori pare inoltre il riferimento sempre contenuto nell'art. 8, comma 2, lett. *c*, alla «solidarietà negli appalti». Non a caso proprio su questo istituto è emersa forse la prima controversa esperienza di attuazione dell'art. 8: si fa riferimento all'accordo aziendale «separato» sottoscritto da Fim e Fiom (ma non da Uilm) presso l'Ilva di Paterno Dugnano, nell'occasione committente, il 27 settembre 2011.

Si deve comunque escludere la possibilità di derogare alla disciplina di legge sulla solidarietà negli appalti, da parte di accordi collettivi che, come nell'accordo segnalato, non riguardino o almeno comprendano l'appaltatore. Contemporaneamente non potendosi però dimenticare come il committente abbia strumenti molto convincenti, per riuscire a ottenere quanto eventualmente gli preme: in ipotesi la stipulazione di un contratto collettivo aziendale, da parte dell'appaltatore, ove venga appunto esclusa o limitata la disciplina sulla solidarietà negli appalti.

A fronte di tali vicende, i vincoli costituzionali impediscono che la deroga riguardi la «responsabilità per gli obblighi contributivi»; allo stesso modo, «i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o del subappaltatore, non risulti indennizzato dall'Inail o dall'Ipsema». Mentre assai più complesso appare prefigurare limiti per l'autonomia collettiva concernenti l'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, «oppure anche l'art. 1676 cod. civ.» o «addirittura la solidarietà quale regola generale sancita dagli artt. 1292 ss. cod. civ.». (Così P. Albi, *La deroga al regime di solidarietà negli appalti*, intervento al VII Seminario di Bertinoro, «Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare», tenutosi in ottobre 2011).

Salvo non si provi a percorrere l'impervia via che, collegando gli artt. 2, 3, comma 2, 35, 36 e 41, comma 2, della Costituzione, sottolinei l'essenziale rilievo, per la dimensione esistenziale dei prestatori, della riscossione – più tempestiva possibile – dei crediti retributivi.

4.2. — Nell'elenco di materie individuato dal comma 2 dell'art. 8 è senz'altro il riferimento alle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro», previsto dalla ampia, più volte nominata lettera *e*, ad avere sollecitato maggiormente il dibattito. Anche in relazione alla interpretazione del disposto normativo, ancora una volta tutt'altro che univoca.

In effetti sono emerse alcune letture restrittive della formulazione, volte in particolare a collegarla alle misure da adottare, per sostenere nel mercato del lavoro il prestatore licenziato (Così M. Napoli, intervenuto come *discussant* nel congresso Aidlass tenutosi a Pisa, nelle date del 7, 8 e 9 giugno 2012); oppure alle regole di acquisizione del tratta-

mento di fine rapporto nonché di operatività del preavviso come dell'indennità sostitutiva (Così A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del 13 agosto 2011*, n. 138, in www.cuorecritica.it, nonché R. Romei, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in www.nelmerito.com, 16 settembre 2011).

Tuttavia la normativa, dopo aver appunto menzionato le «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro», precisa pure: «fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino a un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore e il licenziamento in caso di adozione o affidamento». Puntualizzazione che avrebbe evidentemente poco senso, se il legislatore non avesse inteso riferirsi alle sanzioni previste, a fronte di licenziamento non conforme alla legge.

Sembra quindi sostenibile che le deroghe potrebbero operare, da un lato, in tema di trattamento di fine rapporto (e forse in tema di preavviso), tanto per le dimissioni quanto per il licenziamento; dall'altro lato, in relazione alle conseguenze, in caso di licenziamento illegittimo (Così C. Cester, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in *Contrattazione in deroga*, *op. cit.*, p. 408).

Mentre risulta convincente pure la precisazione secondo cui, in relazione all'*incipit* del comma 2 – ove appunto si parla di «materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione» –, «il licenziamento da prendere in considerazione ai fini delle deroghe sia solo quello intimato per giustificato motivo oggettivo» ovvero consentito, secondo le previsioni della legge n. 223 del 1991 (Cfr. C. Cester, *op. cit.*, p. 409).

Così definito il possibile ambito applicativo della disposizione, pare innanzitutto sostenibile che gli artt. 3, 36 e probabilmente 38 (oggi nella combinazione tra comma 2 e comma 5) della Costituzione impediscano di eliminare la quota di retribuzione accantonata. Mentre gli artt. 2, 4 e 41 (questa volta interamente considerato), a propria volta non consentano alla «contrattazione di prossimità» di abrogare il preavviso.

Preso invece in considerazione il regime sanzionatorio, a fronte di licenziamento individuale o collettivo illegittimo, è noto come la sentenza della Corte Costituzionale n. 46 del 7 febbraio 2000, ritenendo ammissibile il referendum abrogativo dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, abbia espressamente escluso che la cd. «tutela reale» sia imposta dalla

Costituzione. I vincoli costituzionali operanti in materia, a partire da quelli deducibili dagli artt. 2, 4 e 41, comma 2, Cost., non sembrano pertanto impedire rimodulazioni *in peius* di quest'ultima: esattamente come è d'altra parte avvenuto ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 92, recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita», da pochi mesi approvata.

È stato sostenuto – mettendo in connessione le limitazioni costituzionali con quelle comunitarie, deducibili innanzitutto dalla Carta sociale europea – che sia allora la cd. «tutela obbligatoria» a individuare un nucleo non comprimibile (Così C. Cester, *op. cit.*, p. 414). Lo standard di protezione dovendo eventualmente essere elevato, nei contesti produttivi più grandi, solamente ove le soglie dimensionali condizionanti l'operatività dei regimi sanzionatori alternativi, più volte ritenute dalla Corte Costituzionale legittime, non siano a propria volta derogabili in sede collettiva.

5. — Nell'individuazione della cornice costituzionale insuperabile per la contrattazione «di prossimità», assumono comunque rilievo anche principi di carattere generale e operatività pertanto trasversale, il più importante dei quali è quello di non discriminazione. Si tratta di un principio fortemente valorizzato e più recentemente rafforzato dalla disciplina comunitaria, cui il nostro ordinamento ha dato attuazione; il nucleo fondamentale di rilievo costituzionale, volto a contrastare le discriminazioni, è però contenuto, come ben noto, nell'art. 3 della Costituzione.

Va d'altra parte ricordato come le «eccezioni» esplicitamente considerate, a proposito delle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro», secondo quanto già è stato riportato, siano proprio rappresentate dal – o strettamente connesse al – «licenziamento discriminatorio».

L'importanza crescente che il limite antidiscriminatorio assume, come innanzitutto evidenziato dalle pronunce della Corte di Giustizia, è oggetto di analisi da parte di Donata Gottardi. Ci si limita qui molto brevemente a ricordare che i fattori discriminatori presi in considerazione dall'ordinamento sono, dopo i decreti legislativi n. 215 e n. 216 del 2003, molteplici. Esistendo peraltro norme, pur di carattere settoriale, che paiono in grado di ampliarne ulteriormente l'elenco: si menzionano l'art. 12 del d.lgs. n. 276 del 2003, concernente i soggetti che operano nel mercato del lavoro, e inoltre la definizione di «dati sensibili», di cui all'art. 4, d.lgs. n. 196 del 2003.

Tali insiemi di elementi discriminatori, stando alla interpretazione

storicamente prevalente, vanno d'altra parte intesi come esemplificativi, e non tassativi (Cfr., da ultimo, A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010).

Nella nozione di discriminazione – omogenea, almeno per i fattori previsti dall'art. 15, legge n. 300 del 1970, così come integrato da ultimo dal d.lgs. n. 216 del 2003 – assumono d'altra parte sempre rilievo le figure cd. «diretta» e «indiretta»; le quali prescindono entrambe dall'elemento soggettivo, ed emergono quando sull'esigenza di tutela dei prestatori non prevalgano ragioni aziendali, selettivamente considerate. Queste devono in particolare risultare essenziali, a fronte di discriminazioni dirette; nell'ordinamento nazionale anche, però, in presenza di discriminazioni indirette di genere ed etniche.

Ebbene, in un assetto così configurato, le potenzialità applicative del vincolo antidiscriminatorio non sono irrilevanti. Si tratta di implicazioni storicamente note, per quel che concerne, ad esempio, il legame tra contratti di lavoro con riduzione dell'orario, a partire dal *part-time*, e discriminazione di genere. A ben guardare, però, qualunque disciplina o decisione dell'imprenditore, avente ricadute organizzative, quasi per definizione introduce pregiudizi in relazione all'età o alla disabilità, ad esempio, e molto spesso pure per quel che concerne il genere; le medesime non risultando illecite, solamente a seguito della verifica connessa al corretto «bilanciamento» degli interessi.

6. — Il vincolo del rispetto della Costituzione, nella sua genericità, può evidentemente imporre numerosi ulteriori approfondimenti; per citarne esemplificativamente uno: sulla possibilità di intervento della disciplina collettiva, con rilievo retroattivo. Questione rispetto a cui potrebbe sostenersi operino limiti identici o analoghi a quelli tradizionalmente individuati dalla Corte Costituzionale proprio per la legge.

L'insieme delle prescrizioni costituzionali, che la «contrattazione di prossimità» è tenuta a osservare, non va allora complessivamente sottovalutato.

L'acquisizione è però nel contempo tutt'altro che decisiva e risolutiva, nella valutazione degli impatti provocati o provocabili dall'art. 8. Almeno per due ordini di ragioni.

Innanzitutto è ben noto che i principi, così come le regole costituzionali, si prestano a interpretazioni distinte e difformi, tra l'altro fisiologicamente destinate a mutare in relazione all'evoluzione storica dei sistemi sociali. Affidarsi pertanto interamente alle medesime, rinunciando alla mediazione della legge, risulta profondamente anomalo, se

non come tale costituzionalmente illegittimo (Cfr. pure F. Carinci, *Al capozzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Contrattazione in deroga*, op. cit.; G. Ferraro, *Il contratto collettivo oggi, dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 129/2011, par. 9). La scelta in ogni caso espone a una ovvia ulteriore frammentazione, accanto a quella provocata dalla disciplina collettiva, data dalla più che probabile distinzione degli orientamenti giurisprudenziali.

C'è però un altro piano, non strettamente giuridico, che rischia di prevalere su tutti gli altri: ed è quello della efficacia del vincolo, nel complicatissimo momento economico e sociale contemporaneo. Si tratta, cioè, di comprendere fino a che punto risulta credibile immaginare una reazione giurisdizionale dei prestatori, in presenza di uso distorto delle prerogative consentite dall'art. 8: se il lavoratore non è stato licenziato, sono molto forti i dubbi sulla plausibile e diffusa realizzazione di tale ipotesi.

La reazione giurisdizionale è più probabile, ove l'accordo collettivo sottoscritto non sia unitario. Ma pure in questo caso gli avvenimenti degli anni più recenti hanno mostrato quanto gli stessi sindacati dissidenti, a partire dalla Fiom-Cgil, si siano mostrati prudenti, se non restii, nell'organizzare un diretto coinvolgimento dei prestatori in sede giurisdizionale. Vedremo dunque probabilmente dei ricorsi *ex art. 28*, legge n. 300 del 1970, pure a fronte di accordi «separati», applicativi dell'art. 8, legge n. 148 del 2011; con la consapevolezza però che l'utilizzo dello specifico strumento processuale rischia di esporre a censure crescenti.

Non risulta ancora chiaro, a un anno circa di distanza dall'entrata in vigore dell'art. 8, se quest'ultimo sia destinato o meno a trovare rilevante applicazione, le opinioni apparendo ancora fortemente divaricate. Mentre non ci sono riscontri precisi e neanche generiche informazioni sui concreti episodi. Ciò facendo al momento immaginare un flusso contenuto; si spera non clandestino.

A giudizio di chi scrive, l'art. 8, se permarrà nell'ordinamento, è tuttavia destinato a essere attuato e utilizzato dalla contrattazione collettiva: non tanto – ci si augura – per stravolgere in modo clamoroso le regole legali (almeno fino a quando singoli protagonisti non decideranno di seguire le «orme» di Marchionne), quanto piuttosto per ottenere «ritocchi» e «aggiustamenti» (solo) in apparenza meno traumatici.

Si ha cioè l'impressione che la gran parte delle imprese formulerà le proprie richieste in continuità con le tradizioni, prassi e «liturgie» del passato; proponendo però anche clausole in deroga rispetto alle norme legali.

Mentre le rappresentanze in azienda, così come lo stesso sindacato dei lavoratori, valuteranno le medesime, ponendole a confronto con quanto ottenuto od ottenibile nello scambio complessivo: innanzitutto, e come sempre, la retribuzione, all'interno delle aziende in migliori condizioni; semplicemente la conservazione dell'occupazione, nelle altre. C'è forse addirittura il rischio che i rappresentanti dei prestatori in azienda (si spera ciò non accada per i sindacalisti delle strutture territoriali) finiscano con il sottoscrivere l'accordo, senza neanche sapere che stanno intervenendo in deroga alla legge.

Si conclude, allora, a fronte di questa ipotetica ma non del tutto remota evenienza, con una ultima osservazione di ordine tecnico.

Ai sensi dell'art. 8, comma 1, al livello «aziendale o territoriale» possono essere realizzate «specifiche intese». La formulazione, date anche le possibili relevantissime implicazioni e conseguenze, sui piani della efficacia soggettiva come oggettiva, impone che nel testo contrattuale sia specificato formalmente come le clausole collettive vengano introdotte ai sensi dell'art. 8, legge n. 148 del 2011.

Donata Gottardi (*)

DEROGA DELLA LEGGE E RISPETTO DELLA NORMATIVA COMUNITARIA

1. — Grazie dell'invito a intervenire su questo tema. Credo sia stata un'ottima e opportuna scelta quella di dedicare un approfondimento all'articolo 8 della legge n. 148/2011. Molto è già stato detto nella discussione che si è finora svolta, ed è difficile intervenire senza tenerne conto.

Devo da subito dichiarare che, al di là della possibile utilizzabilità della disposizione, segnalata soprattutto negli interventi di apertura di questa Tavola rotonda, e che porta a una sorta di eterogenesi positiva dei fini cattivi, faccio parte di chi pensa che si sia toccato al cuore il diritto del lavoro, con una ferita profonda, che porta a un ridisegno dell'intera materia, dato che sono messe in discussione le fonti e la loro gerarchia. I ben noti problemi della rappresentanza non possono essere risolti in questo modo. Non solo. È al quadro di sistema che dobbiamo guardare, e non utilizzare la parte che può «far comodo», a maggior ragione se inserita in una disposizione «avvelenata». Sarebbe un modo subdolo di trovare soluzioni, lasciando nell'ordinamento una lesione inaccettabile.

Pur con le salvaguardie che la disposizione contiene, di cui ci ha parlato Andrea Lassandari e di cui cercherò di occuparmi brevemente anch'io, il sistema delle fonti non può essere rivoluzionato in questo modo e il rapporto tra legge e contrattazione collettiva non può vedere una inversione che porti alla primazia della seconda sulla prima.

Non può bastare l'impegno al suo depotenziamento da parte dei tre principali sindacati confederali. Nulla impedisce che, nella realtà dei fatti – e ciascuno di noi ne ha sentore –, a livello locale sia utilizzata. Questo dovrebbe anzi spingerci a ritornare a quella che Gino Giugni e la sua scuola ha attuato per lungo tempo: la verifica empirica, il moni-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Verona.

toraggio della contrattazione collettiva, l'analisi dei suoi contenuti per cercare di capire quello che avviene in concreto. I segnali che arrivano vedono il depotenziamento della disposizione, ma nello stesso tempo la sua utilizzazione, con conseguente spostamento del potere, sempre più consegnato nelle mani del datore di lavoro e fondato sul ricatto occupazionale.

È un ricatto, quello dei mercati, crisi e globalizzazione compresa, che, non da ora ma sempre di più, sta informando l'azione a livello del nostro Governo e a quello degli altri paesi dell'Unione europea. Se questo produce quello che sta avvenendo a livello di legislazione nazionale, possiamo immaginare quanto il ricatto della crisi e del tentativo di mantenimento dell'occupazione a livello aziendale e territoriale sia insuperabile. In altri termini, è difficile immaginare che ci siano strumenti, a livello locale e territoriale, idonei a contrastare la lenta deriva del diritto del lavoro che sta avvenendo a livello nazionale ed europeo. Concordo con le osservazioni di Franco Scarpelli. Forse per troppo tempo ci siamo arroccati sulla difensiva e questo ci ha portati a un continuo arretramento, senza riuscire a trovare un campo diverso, alternativo di intervento.

2. — Vorrei tornare al titolo del mio intervento e, quindi, alla prospettiva europea, che può essere utilizzata come salvaguardia solo nella consapevolezza dei suoi tuttora ampi limiti di intervento in materia sociale e del lavoro.

Dichiaro da subito di ritenere, ad esempio, che sia impensabile da essa ottenere principi di riferimento per quanto riguarda il rapporto tra legge e autonomia collettiva, come Bruno Veneziani ci ha molto spesso ricordato.

Alcune indicazioni interessanti possiamo però trovarle, e vorrei iniziare ricordando alcune decisioni recenti della Corte di Giustizia europea che si sono occupate di clausole della contrattazione collettiva. Quelle a cui farò riferimento finiscono per stigmatizzare i contenuti della contrattazione collettiva in deroga alla legge, e sono pertanto particolarmente utili ai nostri fini di indagine. Dati i limiti di questo intervento, non interverrò nel merito delle decisioni, né tantomeno proporrò una loro analisi critica. Mi limiterò a prenderne atto e a cercare di prefigurare ricadute per il nuovo assetto del nostro ordinamento giuridico del lavoro.

Va da subito segnalato che molto spesso queste decisioni della Corte di Giustizia Ue sono collegate al tema della discriminazione. La

Corte è, infatti, chiamata ad analizzare alcuni dei contenuti della contrattazione collettiva alla luce della possibile violazione del diritto dell'Unione europea, e questo è costituito dai principi fondamentali, tra cui in particolare quelli che vietano discriminazioni. E tra i fattori di rischio, mentre un tempo la prevalenza delle decisioni riguardava le discriminazioni di genere, ora viene in rilievo l'età. Sotto i riflettori sono, pertanto, le clausole dei contratti collettivi che discriminano in relazione all'età.

Faccio riferimento in particolare alla decisione del settembre del 2011, causa *Prigge* (C-447/09), per quanto riguarda clausole di un contratto collettivo per i piloti Lufthansa. La controversia origina dai dubbi nei confronti di una disposizione negoziale che anticipava a sessant'anni il momento del pensionamento, mentre la legge poneva il limite a sessantacinque, sia pure con alcuni interventi di limitazione dell'attività. La Corte di Giustizia ha ritenuto che quella clausola fosse incompatibile con il diritto dell'Unione europea. Mi pare qui interessante segnalare la parte della decisione in cui si afferma: «gli Stati membri, mediante norme di delega», possono autorizzare le parti sociali a intervenire e derogare normativa di fonte legislativa, purché tali norme siano «sufficientemente precise al fine di garantire» il rispetto dei requisiti e dei vincoli previsti.

Questo è uno dei punti centrali, che ci consente di guardare con profondo sospetto all'operazione condotta con la delega «onnivora» dell'articolo 8 della legge del 2011. Anche negli ultimi interventi di questa Tavola rotonda, si è segnalato che quella delega può essere analizzata guardando le singole materie sulle quali il contratto collettivo può intervenire in deroga, e si è osservato che possiamo classificare le materie suddividendo tra quelle più precise e quelle più generiche, tra quelle che incrociano disposizioni costituzionali e disposizioni su cui c'è normativa europea di dettaglio. Si può anche proporre di elaborare tabelle molto articolate.

Resta, a mio avviso, indiscutibile che, per *ratio*, finalità e struttura complessiva, quella è una delega generale, non sufficientemente precisa nemmeno a livello di singola materia interessata. Questo emerge, ad esempio, osservando la delega a intervenire sugli impianti audiovisivi, cioè sulla materia o istituto considerato, almeno in via di prima approssimazione, meno problematico o contestabile, date le innovazioni tecnologiche e telematiche intervenute negli oltre quaranta anni che ci separano dalla sua introduzione con lo Statuto dei diritti dei lavoratori. Nemmeno questa delega è, a mio avviso, sufficientemente precisa, so-

prattutto se letta con riferimento allo scopo generale dell'intervento derogatorio, che è la difesa dell'occupazione rispetto alla crisi economica e finanziaria e alle ricadute interne della globalizzazione.

Ritengo pertanto che ci sia uno scostamento rilevante rispetto alle indicazioni della Corte di Giustizia, passibile di produrre conflittualità giudiziaria e interventi del giudice che, si badi bene, si rivolgeranno alla contrattazione collettiva più che alla sua fonte derogatoria.

3. — Ho provato a effettuare una breve ricerca rivolta non solo alle sentenze, ma anche alle domande che sono state presentate alla Corte di Giustizia Ue in questo ultimo periodo. Alcune sono molto significative e, come vedremo, incrociano costantemente il tema delle discriminazioni. Una riguarda un caso finlandese per violazione della Direttiva di genere (quella ricomposta, la n. 54 del 2006) da parte della contrattazione collettiva. Nel caso specifico, oggetto della segnalazione di possibile non conformità al diritto dell'Unione europea è la clausola del contratto collettivo che lega il diritto all'indennità di maternità all'aver precedentemente percepito una retribuzione, con esclusione pertanto dal diritto di una lavoratrice che era in congedo formativo non retribuito. Un altro caso tedesco riguarda l'orario di lavoro e la delega legislativa alla contrattazione collettiva a derogarvi. Nel caso specifico, la contrattazione collettiva è intervenuta riducendo la durata delle ferie al di sotto delle 4 settimane, che è il vincolo europeo. Quello che viene segnalato è un possibile contrasto con l'articolo 31 della Carta dei diritti fondamentali e con la Direttiva sull'orario di lavoro n. 88 del 2003. C'è poi un caso danese, sempre in materia di discriminazioni legate all'età (Direttiva n. 78 del 2000), sempre nel campo di una compagnia aerea (contrattazione aziendale tra la compagnia aerea e il Sindacato dei piloti), sempre legato all'età pensionabile, ma non con riferimento a un obbligo di anticipare il pensionamento a sessanta anni, quanto alla possibilità per i piloti di dimettersi una volta arrivati a quella soglia di età. L'ultimo caso che vi ricordo, sempre del 2011, è austriaco e riguarda ancora una volta il divieto di discriminazioni legate all'età (articolo 21 della Carta e Direttiva n. 78 del 2000). Si tratta di una clausola di contratto collettivo nazionale che differenzia il riconoscimento dell'anzianità di servizio degli assistenti di volo.

Passando al campo delle decisioni, va ricordata una sentenza praticamente coeva a quella che ho richiamato in apertura, sempre del settembre del 2011, in tema di retribuzione. A questo proposito, mi sia consentito osservare che proprio la retribuzione è il tema non affron-

tato dall'articolo 8 della legge del 2011, ma sotteso a larga parte delle riforme più recenti degli altri paesi europei coinvolti nella crisi (vedi la Spagna). Il caso della decisione della Corte di Giustizia Ue riguarda tabelle retributive di contratti collettivi che prevedevano, al momento dell'assunzione, un livello diverso a seconda dell'anzianità anagrafica della persona, con dubbi relativi alla possibile violazione dell'articolo 21 della Carta e della Direttiva n. 78 del 2000. La Corte di Giustizia Ue ha ritenuto che una tabella retributiva siffatta è in contrasto con la Direttiva sul divieto di discriminazioni basate sull'età, salvo che non si tratti di misure transitorie della contrattazione collettiva che prevedono un adeguamento temporale. In questa decisione c'è un passaggio molto interessante. La Corte, nel dispositivo della sentenza, sente il dovere di chiarire che il suo intervento – che entra nel merito dei contenuti della contrattazione collettiva per ritenerli incompatibili con il diritto dell'Unione – non pregiudica il diritto di negoziazione e di conclusione di accordi. È come se la Corte ammettesse l'intrusione, ma si sentisse in dovere di precisare che questa non intacca l'articolo 28 della Carta. Non si può qui trattare un tema tanto complesso e di sempre maggiore portata generale, che riguarda il cuneo che si sta creando tra cosa può fare o non fare la contrattazione collettiva e la salvaguardia della sua libertà di svolgimento.

Per quanto riguarda le norme transitorie, vi ricordo che raramente la questione è affrontata. Solo in una controversia, a quanto mi risulta, è stato sollevato davanti alla Corte di Giustizia uno specifico interrogativo in proposito: laddove ritenga che la contrattazione collettiva sia in conflitto con il diritto dell'Unione europea, il giudice nazionale è tenuto alla disapplicazione? Cosa applica? Sopravvive la legge derogata? E – e questo è particolarmente interessante per il profilo che ci interessa – le parti firmatarie il contratto collettivo dichiarato in contrasto hanno un termine per rinegoziare? Credo che ci dovremo confrontare con questi aspetti, che raramente presentano percorsi lineari, dato che in alcuni casi si dovrà o potrà rinegoziare, in altri – e pensiamo a una deroga negoziale aziendale basata sull'articolo 8 della legge del 2011 – continuerà ad applicarsi la disposizione che si intendeva derogare. E tutto questo potrebbe essere frutto di passaggi temporalmente successivi. Stiamo, infatti, occupandoci di contrattazione collettiva, non di legge, con un processo negoziale che potrebbe anche essere continuativo, come avviene in numerose aziende di medio-grandi dimensioni.

4. — Tornando alle disposizioni dell'articolo 8, mi aggiungo al coro di critiche sulla qualità tecnica della disposizione. Anche il riferimento

alle normative comunitarie declinato al plurale desta perplessità. O è un grossolano errore da parte di incompetenti o è una raffinatezza. Propondo nettamente per la prima delle due ipotesi. Innanzitutto, come sappiamo, dovremmo parlare di normative dell'Unione europea, non più di normative comunitarie. Ma quello che maggiormente stupisce è l'utilizzo del plurale. È stato fatto per includere tutte le fonti, dai trattati ai regolamenti, alle direttive? Ma non è così, perché l'insieme di quegli atti costituisce nel suo complesso la normativa dell'Unione europea. È stato fatto per includere gli atti provenienti da istituzioni di maggiore raggio rispetto a quelle dell'Unione europea? Ma questa normativa sicuramente non è «comunitaria». In conclusione, ritengo si tratti di quella che possiamo solo qualificare come sciatteria del legislatore.

Negli interventi che mi hanno preceduta sono stati fatti tentativi di trovare aspetti positivi nell'articolo 8. Anch'io spezzo una piccolissima lancia in questa direzione: tutto questo ci costringerà non solo a confrontarci con il tema generale delle discriminazioni, come rilevato nell'intervento di Andrea Lassandari, ma ci costringerà a prendere atto di quanto inestricabili siano i livelli, cioè di quanto sia difficile pensare che, nonostante la territorialità del diritto del lavoro che è e resta nazionale, siamo in presenza di inestricabili intersezioni tra normativa interna e normativa proveniente dall'Unione europea. Siamo, insomma, in presenza di una penetrazione tra ordinamenti, e questa disposizione potrà ulteriormente contribuire a farne prendere consapevolezza.

5. — Tornando all'analisi del diritto nazionale alla luce dei profili dell'ordinamento europeo, ho provato ad articolare alcune verifiche distinte per materia. Per quanto riguarda il licenziamento, il riferimento va inevitabilmente all'articolo 30 della Carta sui diritti fondamentali: tutela, proporzionata rispetto all'evento, contro ogni licenziamento ingiustificato, senza poter contare su vincoli alla reintegrazione. Non posso qui entrare nel merito, ma è necessario iniziare a interrogarsi su quanto la disposizione che stiamo commentando possa influire sulla futura applicazione della riforma del mercato del lavoro in discussione in Parlamento. Tutta la complessa mediazione – qualunque sia la sua valutazione critica – raggiunta sulle modifiche alla tutela reale, come la sanzione del licenziamento illegittimo, potrebbe essere derogata dalla contrattazione aziendale o territoriale in qualsiasi momento. In altri termini, l'articolo 8 della legge del 2011 resta una «mina vagante» anche nei confronti dell'ultima riforma del mercato del lavoro, con potenziale

derogatorio rivolto proprio alla normativa sulla protezione dei licenziamenti illegittimi.

La seconda osservazione riguarda direttamente proprio l'ultima riforma del lavoro. Se fosse vero che, in caso di mancanza di comunicazione, la sanzione si riduce al risarcimento del danno, per di più in misura dimezzata, credo avremo problemi di compatibilità con quanto richiesto dalla Carta sui diritti fondamentali, che invece rafforza l'obbligo da parte del datore di lavoro di motivare l'atto di recesso.

Per quanto riguarda la competenza derogatoria in materia di lavoro atipico, uno dei confronti più produttivi riguarda il contratto a tempo determinato. Sappiamo che da costante giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue, l'interpretazione della relativa direttiva la ritiene prevalentemente orientata a limitare gli abusi e fissare la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato. Un aggiramento su questo piano potrebbe incappare nelle maglie del giudizio della Corte.

A mio avviso, l'aspetto che potrebbe essere più utilmente determinante per tutto il lavoro atipico «europeo» (intendendo complessivamente: lavoro a termine, lavoro a tempo parziale, telelavoro, lavoro interinale) riguarda la garanzia della parità di trattamento con il lavoratore comparabile. Con particolare riferimento al *part-time*, mi limito a ricordare che, a fianco dei divieti di discriminazione e alla parità di trattamento, è prevista la sua promozione, prospettiva che nel nostro paese continua a trovare difficoltà di inserimento e che potrebbe entrare in contrasto con eventuali clausole limitative da parte della contrattazione collettiva.

Per quanto riguarda i video terminali, il riferimento nella prospettiva dell'ordinamento europeo va alla tutela della privacy e alla protezione nei confronti dei controlli occulti, con riferimenti che possono essere utilizzati.

Per quanto riguarda l'orario di lavoro, si deve fare riferimento ai vincoli imposti dalla direttiva europea in tema di riposo minimo giornaliero, settimanale e annuale.

Ho ricordato brevemente alcune delle materie che potrebbero essere coinvolte nella prospettiva del diritto dell'Unione europea solo per segnalare la opportunità di una verifica più approfondita, ma soprattutto la necessità del suo inquadramento sistematico in riferimento al ruolo e alle funzioni del contratto collettivo e, di conseguenza, al ruolo del sindacato.

6. — Mi sembra di poter intanto trarre alcune considerazioni che legano la contrattazione in deroga alla dimensione dell'impresa. Diverso

sarà il caso di una multinazionale, che potrà operare come sta facendo la Fiat, costruendosi il suo contratto di primo livello, con una contrattazione anche corposa e con istituti connessi, dal caso di aziende di medie o piccole dimensioni, che chiederà interventi specifici. Costruiremo una tabella riepilogativa, a uso delle parti sociali, su quali parti e ambiti potrebbero entrare in conflitto con la Costituzione, con la normativa dell'Unione europea e con quella di livello internazionale? Cioè, costruiremo una sorta di tavola sinottica a uso dei delegati sindacali su quello che si può o non si può fare? Pensiamo davvero che la formazione dei rappresentanti sindacali in azienda in questo momento sia sufficiente per potersi districare in un quadro così complicato, con tutti i dubbi che abbiamo già raccolto in questa sede?

A me pare francamente impossibile pensare che deroghe di tale portata possano essere gestite dalle rappresentanze sindacali aziendali a livello di azienda o da articolazioni territoriali.

7. — Chiudo col ribadire il rifiuto di ogni possibilità di utilizzazione di parti della disposizione di cui stiamo discutendo. Credo che tutto questo sovraesponga la contrattazione collettiva, non contenga alcuna sua promozione, ma piuttosto una delega a intervenire e a farsi carico dei problemi di adattamento, con il risultato che a essere oggetto delle pronunce della Corte di Giustizia Ue non sarà la legge, ma proprio la contrattazione collettiva, come ho cercato di dimostrarvi richiamando alcune decisioni in cui sono state denunciate clausole considerate in deroga ai principi fondamentali di non discriminazione. In altri termini, si rischia di servire su un piatto d'argento la possibilità per la Corte europea, e non solo, di proseguire nell'applicare quel bilanciamento tra libertà e diritti nelle modalità che purtroppo ben conosciamo e che molti di noi considerano di estrema pericolosità, mettendo sale sulla ferita aperta dalle precedenti decisioni in materia.

Stiamo, a mio avviso, affidando alla contrattazione collettiva, senza nemmeno attenta verifica di rappresentatività dei soggetti, compiti impossibili, portandola su un sentiero pericoloso e scivoloso, che porterà a fa ricadere sul contratto collettivo e quindi sul sindacato la responsabilità di deroghe alla legge offerte sull'altare della crisi economica e finanziaria e della globalizzazione dei mercati.

Rita Sanlorenzo (*)

RAPPORTO TRA LIVELLI CONTRATTUALI

DEROGABILITÀ DEL CONTRATTO NAZIONALE DA PARTE DEL CONTRATTO DI PROSSIMITÀ, ANCHE NEL CASO IN CUI IL CONTRATTO NAZIONALE SIA ATTUATIVO DELLA LEGGE

Ho ascoltato sin qui i tanti interventi, traendone una pluralità di stimoli e di suggestioni.

Essendomi stato affidato il tema del rapporto tra diversi livelli contrattuali, mi sento di partire da una convinzione, almeno quella a cui sono arrivata io nell'approfondire la materia: credo infatti che, al di là del favore o meno con cui si guarda a questa norma, sia fuor di dubbio che l'articolo 8 ha portato, così come si intendeva fare, una rivoluzione per quel che riguarda la gerarchia delle fonti in generale; rivoluzione consistita in un vero sovvertimento della piramide in cui precedentemente si concretizzava il sistema.

È indubbio che proprio in base alla «chiave di volta» costituita dal comma 2-*bis* dell'articolo 8, la contrattazione di prossimità è venuta ad assumere un'attitudine, una capacità normativa che la rende più simile che mai alla legge, a cui può addirittura derogare: salta quella sottordinazione al contratto collettivo nazionale che le parti sociali avevano appena consacrato invece nell'Accordo del 28 giugno, concluso a mio parere in termini, non solo temporali, del tutto opportuni.

Non possiamo trascurare che l'approvazione dell'articolo 8 si pone temporalmente proprio come elemento intermedio, tra la conclusione dell'accordo generale e la successiva ratifica del 21 settembre, con cui si intende evidentemente rafforzare il valore politico dell'accordo interconfederale, visto che ancora a settembre le parti sociali mostrano di volersi riappropriare della propria vocazione a regolare le relazioni sindacali nonostante la «pesantezza» dell'intervento del legislatore.

Per quel che riguarda la definizione del rapporto tra l'Accordo del 28 giugno e l'articolo 8, è interessante rilevare che un recentissimo provvedimento del giudice del lavoro di Larino, pubblicato solo pochi giorni fa, porta a conclusione il discorso che ha svolto nel suo inter-

(*) Consigliere della Corte d'Appello di Torino.

vento il professor Barbieri, sostenendo che l'unica lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 8 è quella appunto di vederlo riempito dei contenuti dell'accordo medesimo. Diversamente, secondo il Tribunale, si incorrerebbe nella violazione dell'articolo 39 Cost.: affermazione che ovviamente comporta una serie di implicazioni di cui vi dirò avanti, tra cui quella di segnare qui un punto a favore dell'atteggiamento del professor Alleva, che si è espresso nel senso di attribuire alla norma principalmente delle potenzialità ancora del tutto inesplorate e in gran parte, almeno secondo la sua previsione, positive (anche se solo attraverso un bilancio complessivo questo ottimismo potrà trovare conferma).

Come dicevo, il legislatore del 2011 si muove quindi in un'ottica esattamente rovesciata a proposito di quelli che sin lì eravamo abituati a considerare come punti qualificanti del nostro sistema, come tanti han ricordato; non solo: mostra di voler sposare del tutto (anche sull'onda dell'azione dirompente di Marchionne) il fine del perseguimento della cosiddetta «balcanizzazione» del diritto del lavoro, attraverso la valorizzazione di questa illimitata – o quasi – efficacia derogatoria delle specifiche intese a livello aziendale o territoriale. È evidente: l'intento della politica è quello di aprire proprio un conflitto aperto tra le regolamentazioni generali tradizionalmente portate dal contratto nazionale e i contenuti di quelle intese specifiche raggiunte invece a livello aziendale e territoriale.

Ma non possiamo negarlo: l'azione, l'intento e poi il portato di un intervento legislativo così realizzato è quello di andare a rafforzare l'anello contrattuale che tradizionalmente, essendo quello più vicino alla dimensione individuale, è destinato a essere il più debole, il più influenzabile, il più assoggettato al ricatto occupazionale di cui si fa forte la parte imprenditoriale. Personalmente ho seri dubbi rispetto alla premessa da cui partiva il professor Alleva; io credo che l'azione così svolta abbia non solo intenti malevoli, ma anche, e soprattutto, effetti molto insidiosi. Non senza motivo è stato scritto che l'articolo 8 viene a costituirsi come un elemento capace di far venir meno la coesione sociale, finendo per disgregare la comunione di riferimento che la legge e anche il contratto collettivo nazionale di categoria avevano contribuito a creare e a tenere unita. Per questo credo anch'io che le potenzialità della norma (senza voler enfatizzare) siano del tutto eversive, se non addirittura sovversive.

Dovendomi occupare specificamente del profilo del rapporto tra contratto collettivo nazionale e contratto aziendale, vorrei riprendere il

discorso a proposito di come sin qui il tema aveva trovato sistemazione da parte della giurisprudenza. Non mi sento di dire che, come è stato affermato, si fosse giunti a una totale liberalizzazione: il tema era ancora del tutto aperto e sensibile, e l'esperienza giurisprudenziale non aveva contribuito in termini così decisivi alla sua sistemazione, dando prova di una certa frammentarietà ed episodicità. Ricordo le osservazioni del professor Ferraro, che ci riportano a questa difficoltà ad approdare a una visione d'insieme della contrattazione collettiva proprio come espressione di un progetto dinamico in cui possibilmente ogni atto dovrebbe essere inscindibilmente collegato a quello precedente e a quello successivo. In molte pronunce i limiti sono nettamente visibili per quel che riguarda l'individuazione dell'efficacia dei contratti aziendali, posto che da ogni tentativo di esame non si supera l'impressione di una giurisprudenza un po' ondivaga, che predilige l'approdo a una valutazione atomistica (alle volte anche un po' anarchica) dell'efficacia dell'accordo aziendale.

Cercando di tracciare soltanto a grandi linee gli approdi giurisprudenziali in materia, è sempre stato evidente, come peraltro anche in dottrina, che i contratti aziendali potevano derogare *in peius* al contratto collettivo nazionale senza che a ciò potesse ostare il principio dell'articolo 2077 cod. civ., che parla solo del contratto individuale di lavoro. La sola salvaguardia di questa derogabilità *in peius* era rappresentata dai diritti quesiti e non soltanto dalle mere aspettative. Il rapporto tra il contratto collettivo nazionale e aziendale veniva quindi regolato non tanto in base a principi di gerarchie, di specialità propri delle fonti legislative, ma piuttosto sulla base di un'individuata volontà delle parti sociali; con tutto ciò che appunto di discrezionale, di opinabile ciò comporta da parte dell'interprete. Secondo la giurisprudenza che esprime l'orientamento più solido, il giudice, nel coordinare i contratti collettivi di diverso livello, deve accertare quale sia l'effettiva volontà delle parti da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione, aventi tutte pari dignità e forza vincolante: in tal modo è evidente che anche i contratti collettivi aziendali possono derogare *in peius* ai contratti nazionali. Più articolata e forse anche più opinabile la conclusione ulteriore secondo cui, secondo buona parte della giurisprudenza, ai contratti collettivi aziendali si può riconoscere un'efficacia *erga omnes* anche in caso di alcune deroghe peggiorative, posto che le organizzazioni sindacali nella loro stipulazione agiscono istituzionalmente nell'interesse dei lavoratori, e per la valutazione del perseguimento di tale interesse è quindi necessaria una considerazione com-

plexiva che tenga conto sia della totalità dei lavoratori rappresentati sia della totalità degli interessi presi in considerazione. Ciò detto, però, il limite veniva individuato, almeno da alcune pronunce, secondo l'ossequio al principio della libertà sindacale, per cui la stessa efficacia si riteneva non potesse essere estesa a quei lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale diversa da quella che aveva stipulato l'accordo aziendale, ne avessero condiviso l'esplicito dissenso, pena appunto la violazione dei principi costituzionali di libertà di organizzazione e di attività sindacale di cui all'articolo 39, comma 1, della Costituzione.

Altro principio che si trova affermato in giurisprudenza è quello per cui, seppur non ci sia uno stretto rapporto di gerarchia tra i due livelli, è pur vero che un contratto collettivo aziendale non può travalicare la delega conferitagli dal contratto collettivo nazionale per la disciplina di dettaglio di un istituto che è stata stabilita nei suoi caratteri essenziali.

Quanto ho detto sin qui mi serve per fare il quadro del passato.

Quella che è stata definita, con espressione saliente, la «chiave di volta» della riforma, ossia la disposizione del comma 2-*bis*, mira a sovvertire il precedente sistema di regolamentazione, e così, come qui da molti si è già detto, attribuisce alle specifiche intese di prossimità la potestà derogatoria addirittura nei confronti della legge, con la possibilità – in presenza di determinati requisiti soggettivi – di assumere efficacia *erga omnes*. Io penso che colga nel segno chi – come tra gli altri il prof. Carinci – sostiene che così si assume una conformazione eteronoma della struttura contrattuale che spoglia il primo livello a tutto vantaggio del secondo. A questo secondo livello, infatti, viene riconosciuto il potere di riscrivere il contratto collettivo nazionale senza peraltro la prescrizione di alcun vincolo procedimentale e sostanziale (come invece è previsto nell'Accordo del 28 giugno); non credo sia possibile negare che se la contrattazione di prossimità può derogare alla contrattazione nazionale anche se ciò comporta la deroga alla legge, tale derogabilità si può esplicitare sempre e comunque, e non solo se e in quanto è in gioco la fonte legislativa.

Io credo che nel sistema che abbiamo sin qui sperimentato (e in parte contribuito a edificare) non si potesse negare in qualche modo una superiorità raggiunta dal contratto collettivo nazionale, che era entrato ormai a far parte a pieno titolo, a mio avviso, della gerarchia delle fonti di diritto: a favore di questa convinzione aveva giocato, da ultimo, come è stato notato, l'inserimento, tra i motivi del ricorso in Cassazione a opera del nuovo n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ., di quello concernente la ritenuta violazione o falsa applicazione dei contratti o

accordi collettivi nazionali di lavoro. Se proviamo a ripensare a ciò che dicevano i nostri Maestri, in particolare Mengoni, ebbene era lui a sostenere che era proprio il limite alla possibilità di invocare la violazione del contratto nazionale direttamente in Cassazione il maggior ostacolo a qualificare quale fonte di diritto il contratto collettivo.

Quindi io credo che si possa dire che la derogabilità del contratto collettivo nazionale da parte dell'accordo di prossimità, addirittura con valore *erga omnes* nei termini stabiliti dal comma 2-*bis*, non abbia minore portata dirompente e parimenti eversiva per il sistema di diritto del lavoro rispetto alla previsione della generale capacità della contrattazione aziendale e territoriale a derogare alla legge, con quel particolare *quid pluris* di valenza strettamente politica rappresentato dall'essersi voluto inserire il legislatore proprio in quella ritrovata armonia sindacale che aveva portato poche settimane prima alla firma dell'Accordo del 28 giugno.

Credo che la manovra non possa non essere letta secondo la chiave dell'apertura di un potenziale conflitto tra livello nazionale e territoriale: tornando al disposto complessivo della norma, attraverso l'introduzione del comma 2-*bis*, si mira ad agire specificamente – e il fatto non mi pare poco grave – non solo sul cardine dell'inderogabilità della legge, ma specificamente, puntando a dare priorità alla contrattazione aziendale, che per sua stessa essenza non è caratterizzata da genericità e astrattezza, ma anzi, trovandosi proprio al fondo della catena, rappresenta l'anello più debole, posto che il livello aziendale è quello che più si avvicina alla dimensione della disciplina del rapporto individuale. Non mi sembra privo di importanza il fatto che analoga capacità derogatoria rispetto alla legge non venga attribuita dall'art. 8 al contratto collettivo di rango nazionale. So bene che è stato affermato (in particolare dal professor Ferraro) che sarebbe estremamente illogico ritenere che al contratto nazionale non possa spettare quello che invece spetta alla contrattazione di prossimità, laddove i contratti di categoria nazionali svolgono una funzione regolativa in qualche modo parallela e fungibile a quella legislativa. A ciò aggiunge che la norma non può non avere una portata implicitamente diffusiva, non potendosi escludere una sua applicabilità riflessa alla contrattazione nazionale, così insomma da raggiungere l'obiettivo politico che evidentemente ci si era dati: quello di modificare il tradizionale equilibrio tra legge e contratto.

Personalmente non sono convinta da questa lettura, e visto che appunto in nessuna parte della norma è detto che la potestà derogatoria spetta al contratto nazionale, non credo che in via soltanto interpreta-

tiva si possa operare un ampliamento della portata della disposizione. Certo è che se al contratto collettivo nazionale non venisse riconosciuta la capacità di derogare alla legge, questo verrebbe a trovarsi inevitabilmente in una posizione di chiara sottordinazione rispetto alla contrattazione di prossimità. Tra l'altro, è noto che il diverso investimento rispetto alla contrattazione collettiva è rilevato anche dal fatto che efficacia *erga omnes* non è riconosciuta al contratto collettivo nazionale nemmeno dall'Accordo del 28 giugno. Ribadisco allora quello che era il mio punto di partenza: la possibilità di assumere efficacia *erga omnes*, unita alla capacità derogatoria rispetto alla legge, rende la contrattazione di prossimità molto più vicina alla legge di quanto si sia fin qui mai ipotizzato addirittura per la contrattazione collettiva di livello nazionale. L'ulteriore passaggio, ovviamente, riguarderebbe l'ingresso a pieno titolo della contrattazione di prossimità nel sistema delle fonti di diritto.

Quello che mi pare è che comunque in generale, indipendentemente da come si voglia risolvere questo specifico quesito, la sola affermazione della capacità derogatoria a prescindere dal livello contrattuale a cui può essere esercitata, come dicevano già altri prima di me, fa crollare proprio l'intero sistema del diritto del lavoro, fondato viceversa sull'inderogabilità e sulla rigida gerarchia delle fonti, ideato e strutturato a misura della tutela della parte debole: il portato complessivo, concordo con quanto detto negli interventi che mi hanno preceduto, è quello di un intossicamento generale dell'intero sistema, con l'introduzione di un'odiosa concorrenza tra i livelli di rappresentanza, proprio perché al più debole di questi sono consentiti poi alla fine gli strappi più forti.

Per ciò che riguarda le delimitazioni oggettive riservate alla contrattazione di prossimità, così come indicate dal legislatore, a cui dovrà seguire l'individuazione nella pratica, io innanzitutto ritengo che, se di «specifiche intese» il legislatore ha voluto occuparsi, è da dubitare che a esse si possa affidare addirittura il compito di riscrivere nella loro onnicomprensività il contratto collettivo nazionale. Me ne convinco ulteriormente se penso che la capacità derogatoria con efficacia *erga omnes* è riservata alle «specifiche intese» raggiunte non sulla generalità dei profili, ma in relazione a materie dettagliate, secondo quella esigenza di «funzionalizzazione» di cui già prima si è parlato. Allora risulta irrazionale attribuire all'istituto un ambito illimitato, addirittura connotato dalla organicità e dalla onnicomprensività. Mi rendo conto che portare a conseguenze questo tipo di impostazione (che però mi sembra imposta dalla lettera della legge) può portare a ricadute alquanto perverse

sulla vita aziendale, dal momento che in una stessa azienda potrebbero convivere una contrattazione dotata di efficacia *erga omnes* e un'altra che invece questa efficacia non ce l'avrebbe: con tutte le incertezze che appunto sino a oggi la giurisprudenza ha registrato.

Su questo punto specifico vi segnalo nuovamente il decreto del Tribunale di Larino, che proprio in quanto rilegge la disposizione dell'articolo 8 alla luce dell'Accordo interconfederale del 28 giugno, ritenuta l'unica chiave per poter appunto salvare la costituzionalità della norma di legge ed evitare la violazione dell'articolo 39 Cost., tra i vari enunciati formula appunto quello per cui le specifiche intese non possono che essere contrattazione di secondo livello e quindi soltanto in deroga, nel rispetto e comunque nel quadro di una contrattazione di livello nazionale rispetto alla quale devono collegarsi e armonizzarsi. Come si è già detto, l'efficacia generale delle specifiche intese è subordinata, oltre che alla loro riferibilità a determinati soggetti, anche alla duplice condizione di finalizzazione al perseguimento di certi scopi e alla pertinenza rispetto a certe materie. È evidente che sarà un terreno su cui ci si dovrà esercitare moltissimo, non ripeto i concetti che sono già stati espressi molto bene da chi mi ha preceduto; io stessa nutro moltissime perplessità rispetto appunto all'ambito di quello che dovrà essere la valutazione di legittimità da parte del giudice; perché questo, mi sembra, è fuori discussione: la palla è destinata a passare sulla scrivania del giudice del lavoro, cui toccherà valutare la sussistenza dell'elemento della finalizzazione, l'inerenza dell'intesa a una delle materie previste e, infine, la pertinenza dell'accordo rispetto alla finalizzazione enunciata, pena la mancata efficacia *erga omnes*.

L'elenco delle materie in cui è possibile stringere intese applicabili a tutti i dipendenti è evidentemente molto ampio, ma sarà doveroso da parte del giudice procedere alla delimitazione, attraverso un'operazione interpretativa che non sarà facile e, io temo, sarà anche molto soggettiva. Per esempio, resta fuori da questa elencazione la retribuzione, che pure alcuni ricomprendono nell'argomento delle mansioni del lavoratore; ne resta fuori la sicurezza, e resta fuori tutto ciò che concerne la malattia o l'infortunio. Io penso anche che ci siano margini per sostenere l'estraneità di ciò che riguarda la potestà disciplinare, il suo fondamento e i presupposti della sua attivazione, le sue modalità di esercizio: è pur vero che si parla di disciplina del rapporto del lavoro, ma in riferimento esplicito alle modalità di assunzione, ciò che non consente, almeno mi pare, un'interpretazione genericamente estensiva.

Concludo aggiungendo solo poche osservazioni rispetto al ruolo del

giudice, in particolare nell'ambito del contenzioso che verterà sulla constatazione della pertinenza della specifica intesa con uno degli oggetti tassativamente indicati nel comma 2, e in aggiunta, sulla sussistenza di una effettiva finalizzazione della stessa rispetto a uno degli obiettivi di carattere generale indicati nella seconda parte del comma 1.

Come si è già detto, si tratterà di verificare innanzitutto in che termini si potrà esercitare il sindacato del giudice di fronte a dizioni così ampie, così generiche, che però fondano condizioni che assumono un peso e una portata così determinanti.

Se quel che si chiede è di esaminare la coerenza tra il contenuto di accordi aziendali e gli obiettivi a cui essi sono preordinati, sino al controllo giudiziale dell'adeguatezza causale in termini di proporzionalità della misura adottata in funzione del raggiungimento dell'obiettivo prefissato, io temo, e lo dico con la massima sincerità e onestà, che saranno molto forti le resistenze da parte dei giudici del lavoro. D'altra parte, prima di me il professor Garilli aveva fatto analoga osservazione, prevedendo un tal genere di resistenza determinata dal timore di spingere troppo oltre il loro sindacato. Non possiamo non tener conto della generale fase di arretramento della giurisprudenza, causata anche dalla paura di incorrere in quel vizio ripetutamente stigmatizzato di incursione nel sindacato di merito delle scelte aziendali, ancora acuito dopo l'entrata in vigore dell'articolo 30 del Collegato lavoro; a maggior ragione in un caso come questo, in cui non si tratta di scelta unilaterale del datore di lavoro ma di scelta concordata con le rappresentanze aziendali.

Evidentemente si tratterà anche in questo caso della ricerca di un equilibrio; io penso che comunque non ci si potrà tirare indietro rispetto al dovere dell'individuazione di un limite per le parti stipulanti, che non potranno evitare in caso di omessa indicazione di ogni funzionalizzazione, ovvero di evidente strumentalità e pretestuosità di quella enunciata, la sanzione dell'esclusione dell'efficacia *erga omnes* dell'intesa così raggiunta. E appunto finisco semplicemente con il lanciare alcune suggestioni rispetto a quello che sarà il ruolo della giurisprudenza in un futuro ormai imminente. È vero: l'articolo 8 è stato utilizzato fin qui in un senso magari inaspettato, in una direzione «creativa» che consente di leggere l'articolo 19 dello Statuto come ormai non è più scritto. Ma c'è da temere che in futuro il contenzioso possa svilupparsi molto di più rispetto a una casistica molto varia e di difficile sistematizzazione. Sarà fatale che le soluzioni subiscano forti oscillazioni, perché sarà difficile trovare un riferimento comune di fronte a uno scenario legislati-

vo così incerto, confuso, anche contraddittorio; il che mi induce a concludere, e ho veramente finito, riportandomi alle parole di Massimo Roccella, che appunto aveva visto solo l'inizio di tutto questo, però già prefigurandosi lo scenario a cui si andava incontro, ossia il peggiore di quelli possibili: quello della totale afasia della politica. Il che comporta, come stiamo vedendo, che si sia tutti sospinti su quello che lui chiamava il «binario morto della conflittualità giudiziaria permanente», che è quello che mi sembra che si stia sempre più verificando in una constatata difficoltà a trovare, anche da parte della giurisprudenza, una bussola che ci conduca verso porti più tranquilli e principi maggiormente condivisi da parte di tutti. Grazie.

Umberto Carabelli (*)

**I PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 8
CON RIFERIMENTO ALL'EFFICACIA *ERGA OMNES*
DEI CONTRATTI COLLETTIVI DA ESSO PREVISTI**

1. — I vari partecipanti a questa Tavola rotonda che mi hanno preceduto hanno trattato ciascuno uno specifico aspetto problematico della disciplina introdotta dall'art. 8, legge n. 148/2011, occasionalmente soffermandosi su alcuni aspetti collaterali al tema loro affidato. Mi pare, tuttavia, significativo e meritevole di segnalazione il sostanziale silenzio che gli interventi svolti fino a ora hanno mantenuto su una delle più significative questioni sollevate dalla disposizione in esame: quello relativo al suo potenziale contrasto con l'art. 39, commi 2 ss., Cost. Si tratta di un profilo che certamente vent'anni fa sarebbe stato tra i primi a essere oggetto di considerazioni critiche nell'ambito di una discussione come quella che stiamo conducendo in questa sede, posto che il problema che potremmo definire della «impossibile efficacia *erga omnes*» dei contratti collettivi di diritto comune ha rappresentato per la dottrina giuslavoristica una sorta di *cult*, consolidatosi nel corso degli anni successivi al primo periodo post-costituzionale, quando è apparsa chiara l'estrema improbabilità di un'attuazione della seconda parte della disposizione costituzionale.

Il fatto è che, quantunque i principi sanciti nella notissima, e invero chiarissima e puntuale, sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 1962 (emanata, com'è noto, in relazione alle leggi n. 741/1959 e n. 1027/1960) non siano suscettibili di infiacchirsi per vecchiaia – e, dunque, di perdere, per il mero decorso del tempo, il loro brillante smalto, derivante dalla rigorosa interpretazione del dettato costituzionale operata dalla Corte –, e benché, al contrario, numerose sentenze emanate dalla Corte stessa nei cinquanta anni successivi a quella pronuncia abbiano più volte a essa fatto riferimento, confermandone in pieno la sua perdurante forza cogente, sul fronte della dottrina giuslavoristica si è assistito, assai

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bari «Aldo Moro».

frequentemente, soprattutto a partire dagli anni ottanta, a un atteggiamento di maggiore «flessibilità» concettuale nei confronti del problema.

Tale mutamento, a mio avviso, è stato alimentato dal diffondersi ad ampio raggio del fenomeno della cd. contrattazione delegata: mi riferisco, com'è evidente, alla propensione del legislatore italiano, cresciuta nel corso del tempo fino ad assumere oggi caratteristiche quasi dominanti, a utilizzare il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati di diritto privato – non solo in quanto tali, ma, volta a volta, *più, maggiormente, comparativamente più*, rappresentativi – del compito di integrare il dettato legislativo con regole negoziali, con l'obiettivo di perseguire varie finalità (si è al riguardo proposta una distinzione tra rinvii alla contrattazione collettiva funzionali alla introduzione di deroghe migliorative o peggiorative, rinvii funzionali alla delimitazione di poteri imprenditoriali, e rinvii in funzione integrativa o specificativa della normativa legale).

Rispetto a questi rinvii, un atteggiamento assai diffuso in dottrina è stato quello di considerarli – mi sia consentita la generalizzazione semplificativa in questa sede – come volti a operare un coinvolgimento, o meglio integrazione, dell'autonomia collettiva nella funzione regolativa legale, e di conseguenza di ritenere «inevitabile» l'efficacia generale dei contratti collettivi che fossero stipulati in piena aderenza a essi. L'esercizio da parte dei soggetti sindacali di una funzione, appunto, «paralegislativa», delegata dalla legge, avrebbe, insomma, dovuto implicare, secondo questa lettura, la condivisione con quest'ultima del suo carattere di normativa generale.

Non è il caso di riprendere in questa sede le varie teorie costruite a sostegno di siffatta «esigenza» sistematico-pratica: della loro inadeguatezza o comunque debolezza argomentativa si è avuto occasione di soffermarsi in altra occasione (Carabelli-Leccese), e comunque su un paio di esse si tornerà più avanti. Quello che vale la pena evidenziare in questa sede è che alle spalle dell'atteggiamento dottrinale appena evidenziato possono essere senza dubbio individuate le esigenze di «flessibilizzazione guidata» espresse dal mondo delle imprese, rispetto alle quali, con una certa dose di pragmatismo, si è ritenuto di dover assecondare l'attribuzione per legge alle organizzazioni sindacali, pur nella loro attuale veste di associazioni non riconosciute – purché dotate di un certo grado di rappresentatività –, di compiti di rappresentanza generale, giungendosi a riconoscere, per conseguenza, efficacia generale ai contratti collettivi da esse conclusi.

Il prezzo che tale dottrina – di vario orientamento culturale – è stata disponibile a pagare per questa opzione di politica del diritto è stato,

peraltro, molto alto: una «forzatura» del dettato costituzionale, quale definito nei suoi tratti essenziali proprio dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 1962, fino alla proposizione di modelli alternativi a quello delineato nella seconda parte dell'art. 39 Cost.; modelli sostenuti da un'interpretazione evolutiva dalla norma costituzionale, adeguatrice «ai nuovi bisogni» di Governo della complessità espressi dalle grandi mutazioni in atto nel paese (sintoniche, d'altronde, con quelle che stavano avvenendo in tutto il mondo economicamente sviluppato).

Ebbene, a me sembra che l'atteggiamento dottrinario di cui ho detto ha potuto per lungo tempo verdeggiare all'ombra della bassa conflittualità che ha caratterizzato gli anni più recenti – dovuta soprattutto alle difficoltà del sistema produttivo italiano ad adattarsi alla competizione globale, le quali risultano, a ben vedere, antecedenti la crisi finanziaria del 2008 –; e anche nei casi in cui i giudici di merito e legittimità hanno dovuto interessarsi di problemi di questo tipo, esso ha trovato poco riscontro nelle relative sentenze. La giurisprudenza, infatti, lungi dal fare proprie le proposte argomentative di quelle tesi dottrinali – comunque «estemporanee» rispetto alla tradizione giurisprudenziale in materia di contratto collettivo – miranti a modificare il ruolo, se non proprio la natura, del contratto collettivo di diritto comune nell'ambito di questo articolato sistema normativo costituito dal variegato insieme dei rinvii legali, ha preferito – in larga maggioranza – restare saldamente ancorata alla classica concezione del contratto collettivo di diritto comune con efficacia limitata agli iscritti ai sindacati stipulanti, largamente consolidata nell'esperienza giurisprudenziale nazionale, solo sforzandosi di utilizzare al meglio i vari *escamotage* di derivazione tanto giurisprudenziale che dottrinale elaborati nel corso degli anni. Perfino la sentenza della Corte Costituzionale n. 268/1994, in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, fondata sulla teorica della procedimentalizzazione, si è fondata addirittura su una lettura solo parziale dell'art. 5, legge n. 223/1991, il quale, tenuto conto del vincolo legale in assenza di accordo collettivo, non configura affatto una situazione di libertà decisionale del datore di lavoro.

Personalmente, io penso che questa vicenda, considerata nel suo complesso, attesta, ahimè, l'accondiscendenza con la quale da molti studiosi si è guardato a una scelta legislativa occasionata da una certa fase storica ed economica (che, con una buona dose di asprezza critica, potrebbe definirsi caratterizzata da un collateralismo riformista poco attento all'incidenza negativa di queste scelte sugli sviluppi del sistema economico italiano nel suo complesso – il quale ha preferito, notoria-

mente, affrontare la competizione nei mercati globali più con la riduzione del costo del lavoro che con investimenti in tecnologie e risorse umane e con la qualità dei prodotti); scelta che si è di fatto consolidata nel tempo, arricchendosi, tra l'altro, grazie al predetto apporto della dottrina, di un supporto teorico quasi insperato. Come si è accennato, al silenzio delle previsioni di rinvio circa la questione dell'efficacia soggettiva degli accordi attuativi della delega legislativa, hanno sopperito quei giuristi del lavoro che, con la loro opera interpretativa, si sono fatti carico di costruire quei modelli alternativi di cui ho sopra parlato, quantunque in larga misura non accolti dalla giurisprudenza.

Io credo, peraltro, che proprio la disposizione dell'art. 8, legge n. 148 – potrebbe sembrare paradossale, ma è proprio così...! –, abbia fatto emergere la debolezza di quell'atteggiamento dottrinario, restituendo onore a quelle posizioni che per lungo tempo ne hanno criticato il fondamento teorico, attraverso la rappresentazione implacabile della realtà normativa. Il fatto che il legislatore del 2011 abbia sentito il bisogno di formalizzare, nel comma 1 della disposizione, la regola dell'*erga omnes* per i contratti collettivi di diritto comune ivi indicati, a sostegno della loro funzione anche derogatoria garantita nel comma 2-*bis*, costituisce la conferma che, in mancanza di una siffatta previsione, risulterebbe impossibile attingere per via interpretativa all'efficacia generale di quei contratti.

Naturalmente, il solo fatto che nel comma 1 dell'art. 8 sia esplicitamente prevista la predetta regola non è di per sé sufficiente a garantire che essa sia conforme a diritto (nel senso di non confliggere con l'art. 39, seconda parte, Cost.): questo è un diverso problema che attiene alla disciplina positiva contenuta nella recente disposizione legislativa. Da tale fatto può trarsi invece implicita conferma, lo ribadisco ancora una volta, che, in assenza di una esplicita previsione legale in tal senso, il mero rinvio legale alla contrattazione collettiva per l'assolvimento di una delle funzioni sopra ricordate non è sufficiente a garantire alle norme contrattuali attuative di esso un'efficacia generale per tutti i datori di lavoro e i lavoratori.

Ho appena sottolineato la specificità dell'art. 8, e su di essa intendo soffermarmi ancora un momento, perché desidero sottolineare con forza un profilo di essa di cui, forse, proprio per quel diffuso atteggiamento di accondiscendenza di cui ho appena detto, non ci si è resi ben conto: a far data dal 1959, l'art. 8 rappresenta *la prima disposizione che formalmente, e dunque in modo diretto, va a impattare sull'articolo 39, commi 2 e seguenti*. Questa, in altre parole, non è la solita previsione, uguale a tante altre che l'hanno preceduta, che rinvia alla contrattazione collettiva in

funzione derogatoria, consentendo la negoziabilità di condizioni legali peggiorative. Certo, tale funzione è esplicitamente riconosciuta dal comma 2-*bis*, il quale valida l'attività negoziale anche in ragione di siffatto obiettivo; ma in realtà l'art. 8, al comma 1, ha inteso primariamente garantire l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dai soggetti, ai livelli e con le modalità ivi indicati. Se ciò è vero, allora non ci si può nascondere che, in effetti, l'art. 8, comma 1, è una norma che si raccorda in modo diretto con l'art. 39, commi 2 e seguenti, Cost., nel senso che essa costituisce, entro i limiti soggettivi, di ambito, di materia e finalistici indicati nei commi 1 e 2, *strumento di parziale attuazione dell'art. 39, seconda parte*. Certo, lo ripeto, non si tratta di una norma attuativa di un generale sistema di contrattazione collettiva a efficacia *erga omnes*; ma comunque si è pur sempre in presenza di una norma che consente l'efficacia generale *a latere* dei lavoratori di alcuni contratti che abbiano determinati requisiti soggettivi e oggettivi.

A quest'ultimo riguardo, ha ragione chi ha segnalato (Carinci), in relazione ai contratti territoriali, che questi ultimi, quali che siano i soggetti sottoscrittori dal lato dei lavoratori («associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale»), secondo la previsione normativa godono di efficacia generale solo rispetto ai lavoratori dipendenti dai datori di lavoro rappresentati dalle associazioni, o anche organizzazioni non associative (delegazioni? comitati?) stipulanti; laddove, dal lato dei datori di lavoro, a me pare inevitabile – nel silenzio della legge, che si disinteressa di qualificare i soggetti negoziali dal lato datoriale – ritenere operante in pieno il generale principio rappresentativo di diritto privato. Ciò nonostante, benché anche sotto questo aspetto la norma presenti una propria indiscutibile specificità, non si può negare che, stante la formale sanzione dell'efficacia generale nei confronti di tutti i lavoratori (individuati nel senso predetto), non mi pare possa essere revocato in dubbio l'immediato collegamento di essa con l'art. 39, seconda parte, Cost. Essa, insomma, risulta parzialmente attuativa, in senso stretto, dell'art. 39 Cost., il cui dettato generale (in particolare quello del comma 4) non pare escludere dal rispetto delle procedure in esso previste interventi legislativi che riguardino solo alcuni tipi di contratto collettivo a efficacia generale (nonché obbligatoria), anche solo dal lato dei lavoratori.

Se quanto ho detto è in grado di evidenziare la forte carica innovativa della norma qui in esame, mi pare che, nel giudizio di conformità costituzionale della disposizione con l'art. 39, seconda parte, Cost., si debba sviluppare un ragionamento assai più rigoroso di quello svolto in pas-

sato nei confronti delle previsioni legali contenenti norme di rinvio alla contrattazione collettiva. Se, in altre parole, questa volta il legislatore ha deciso di saltare a piè pari il fossato e di andare a invadere senza ambiguità e indugi il territorio costituzionale dell'art. 39, seconda parte, Cost., l'atteggiamento dell'interprete non può essere più «flessibilmente accondiscendente», dovendosi fronteggiare la questione di costituzionalità della norma con il dovuto rigore, sulla base dei tradizionali canoni di raffronto tra norma imputata e norma costituzionale. Se, insomma, come ho detto più sopra, ogni qual volta in passato si è ragionato intorno alla efficacia generale o meramente privatistica di contratti collettivi operanti (deroghe) sulla base di rinvii legali, una parte della dottrina ha avuto buon gioco, almeno sul piano teorico (posto che la giurisprudenza, come ho già detto, è rimasta ancorata a percorsi tradizionali), negli sforzi interpretativi volti a sostenere tesi in grado di supportare *indirettamente* un'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi attuativi di essi, adesso la partita va necessariamente giocata su un piano differente: quello della verifica del rigoroso rispetto delle regole procedurali fissate senza ambiguità nella disposizione costituzionale.

Alla luce di queste considerazioni si possono, forse, spiegare meglio i tentativi salvifici posti in essere da una parte della dottrina che, sin dai primi commenti dell'art. 8 (ma ispirandosi anche a posizioni avanzate in epoca precedente), ha operato soprattutto sulla base di un ragionamento di tipo «sottrattivo», e cioè attraverso la pretesa di sottrarre, in via interpretativa, alla portata dell'art. 39, seconda parte, Cost., i contratti aziendali e territoriali previsti dalla recente disposizione (per tutti Maresca). Ma non si può trascurare l'emergere di una serie di spunti argomentativi più o meno «accondiscendenti» che, in via alternativa, possono forse essere ricondotti, nel loro complesso, a una sorta di pratica compensatoria di valori e principi. Come armonicamente sintetizzato da un Autore (Leccese), è come se, pur nella piena consapevolezza che il legislatore è piombato pesantemente nel territorio presidiato dall'art. 39 Cost., si volesse sostenere che il giudizio di costituzionalità dovrebbe tener conto del fatto che sarebbero possibili forme di attuazione della previsione costituzionale «per equivalente», che ne rispettino l'essenza (e cioè i principi fondamentali che la caratterizzano).

2. — Prima di trattare di queste operazioni «giustificazioniste», consentitemi, tuttavia, di intrattenermi ancora qualche momento sulla questione della derogabilità delle norme di legge e contrattuali consentita dal comma 2-*bis* dell'art. 8.

Un primo aspetto della disposizione del 2011 che solleva molta perplessità consiste nella estrema ampiezza delle deroghe consentite ai contratti territoriali e aziendali in essa previsti: la norma sulle materie rispetto alle quali è ammessa la deroga da parte dei predetti contratti (e per i quali opera la previsione dell'efficacia generale di cui al comma 1) – e cioè il comma 2 dell'art. 8 – ha una portata assai estesa, posto che le materie richiamate sono tali e tante, e spesso sono definite in termini così generali (si pensi all'espressione «disciplina del rapporto di lavoro» contenuta nella lettera *e* del comma 2), da risultare alla fine derogabile, in fin dei conti, quasi l'intero sistema regolativo del rapporto di lavoro subordinato. Né, per il vero, siffatta estensione appare compensata dalla individuazione, nella seconda parte del comma 1 dello stesso art. 8, di una serie di finalità che devono essere perseguite dai contratti collettivi nell'esercizio della loro funzione (regolativa e specificamente) derogatoria: anche in questo caso l'elencazione è talmente ampia e generica da risultare, di fatto, estremamente permissiva sotto questo profilo.

Proprio l'ampiezza delle materie nei cui confronti può esercitarsi la funzione derogatoria esercitata dai contratti aziendali e territoriali mi porta a condividere i dubbi di costituzionalità intravisti, sia pure con qualche riserva, da vari Autori, per contrasto in particolare con gli artt. 3 e 35 Cost. (tra i tanti, quanto al primo profilo, Romagnoli e Perulli-Speziale; quanto al secondo, Ferraro, Garilli). Dal primo punto di vista, appare evidente la destabilizzante possibilità che possano attuarsi, per effetto della contrattazione territoriale e aziendale derogatoria autorizzata dalla legge, insopportabili differenziazioni di trattamento globale dei lavoratori subordinati. Dal secondo punto di vista, memori delle note sentenze della Corte Costituzionale del 1993 e del 1994 (sentenze nn. 121/1993 e 115/1994) sulla cd. indisponibilità del tipo contrattuale del lavoro subordinato (cui dedicò la sua brillante riflessione Massimo D'Antona), si potrebbe addirittura ritenere di trovarci di fronte a una norma che rappresenta una sorta di *equivalente funzionale* della disponibilità del tipo.

Sul questo aspetto vale la pena spendere qualche parola, in quanto, forse con troppa precipitosità e sufficienza, già sono state contrapposte, a questi sospetti di incostituzionalità, obiezioni circa la non equiparabilità della ipotesi sottesa all'art. 8, legge n. 148/21011, con quelle di cui ebbe a interessarsi la Corte Costituzionale. All'epoca, come certo si ricorderà, la Corte affermò che non è consentito al legislatore «negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplica-

bilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (sentenza n. 121/1993); per poi estendere analogo ragionamento all'autonomia privata, con l'affermazione che non è consentito al legislatore di «autorizzare le parti a escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato» (sentenza n. 115/1994).

Orbene, senza dubbio il disposto dell'art. 8, commi 2 e 2-*bis*, è differente nella sua struttura rispetto alle norme evocate dalla Corte: formalmente le parti collettive, in questo caso, non sono certo autorizzate a disporre del tipo. E tuttavia non v'è chi non veda come l'effetto prodotto da una disposizione come quella qui in esame, la quale consente di derogare (e quindi di disporre peggiorativamente di) quasi tutto il regolamento contrattuale imposto dalla legge, *raggiunga di fatto lo stesso effetto di una norma che consentisse alle parti collettive la disponibilità del tipo legale*.

A questo riguardo merita di essere segnalato che da parte di taluno (Voza) si è dubitato della praticabilità di una siffatta lettura critica, sostenendosi, con efficace immagine, che la subordinazione di cui all'art. 2094 cod. civ. nasce nuda, e che, sostanzialmente, come il legislatore dà (cioè introduce norme di tutela), così può togliere (legittimando la loro derogabilità, e quindi negando l'indisponibilità dei diritti da esse sanciti). Il fatto è, però, che se questa obiezione poteva essere vera prima delle sentenze della Corte del 1993 e del 1994, a partire da queste ultime, a mio avviso, essa si scontra con il principio costituzionale, derivabile proprio dalla due sentenze appena citate, secondo il quale, nella misura in cui il lavoro subordinato sia destinatario di un sistema di tutele legali volute in un determinato momento storico dal legislatore, in quanto ponderate in relazione alle tutele assicurate alle altre forme di lavoro non subordinato, quelle tutele (e non soltanto quelle derivanti dalla Costituzione o dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le quali sono comunque fatte salve dal comma 2-*bis* dell'art. 8) devono essere considerate, *nel loro complesso*, indisponibili dall'autonomia privata, tanto individuale che collettiva, anche in presenza di «autorizzazione» del legislatore.

Questo significa che, se è ammissibile la singola disposizione di legge che su un particolare aspetto regolativo di un istituto ammette la derogabilità individuale o collettiva, non dovrebbe essere invece ammissibile una disposizione come quella dell'art. 8, comma 2-*bis*, la quale

consente in pratica di modificare peggiorativamente tutta la regolamentazione legale del contratto di lavoro subordinato. Una siffatta disposizione, infatti, proprio in quanto assoggetta l'intera regolazione del rapporto a un principio di derogabilità, sottraendola a quello di inderogabilità, deve essere in realtà interpretata come volta a minare alle radici la stessa indisponibilità del tipo negoziale costituzionalmente fissata.

Ancora un altro aspetto di carattere generale. L'art. 8, notava ancora questa mattina Scarpelli, può essere considerato come una disposizione a contenuto «bipolare» sotto vari profili. In effetti, da un lato, essa tratta di efficacia generale e di derogabilità; dall'altro, la derogabilità, a sua volta, riguarda non solo la legge, ma anche i contratti di livello nazionale. Ebbene, in relazione a questo aspetto, l'intervento della dottoressa Sanlorenzo, che mi ha preceduto, ha colpito bene nel segno, evidenziando come, a differenza di tante altre volte in cui il legislatore ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di derogare anche *in peius* a norme di legge, la derogabilità prevista dall'art. 8 è estesa formalmente nei confronti delle regolazioni contenute nei contratti collettivi nazionali. Condivido senz'altro l'impressione che ciò rappresenti un problema nuovo rispetto al passato, e che l'inclusione della contrattazione collettiva rappresenti un *vulnus* assai grave all'autonomia collettiva garantita dall'art. 39, comma 1, Cost. Sul punto, mi pare si possano distinguere almeno due profili differenti di incostituzionalità. In primo luogo, come notato già da vari Autori, la previsione in questione risulta in contrasto con il principio di libertà negoziale per la sua potenzialità decostruttiva del sistema di relazioni sindacali voluto dalle parti, con riferimento alle regole convenzionali che disciplinano i rapporti tra livelli, e specificamente quella della limitazione di competenza della contrattazione aziendale alle materie indicate nella clausola di rinvio del contratto nazionale, cui l'Accordo del 28 giugno 2011 ha attribuito particolare rilievo di sistema. Ma v'è un altro profilo di incostituzionalità, il quale deriva dal fatto che i contratti aziendali e territoriali legittimati alla deroga vedono per legge «stabilizzata» la disciplina da loro introdotta per tutto il periodo della loro vigenza; ma in tal modo viene evidentemente impedito *ex lege* ai contratti nazionali successivi di riappropriarsi della funzione regolativa nelle materie derogate (da ultimo, ancora Lecce).

Infine, altro aspetto problematico posto dalla norma riguarda i soggetti legittimati alla contrattazione qualificata prevista dall'art. 8. In passato, a parte quella dell'efficacia generale dei contratti stipulati sulla base di quei rinvii, la questione centrale sollevata dalle norme legali di rinvio è stata la verifica, alla luce dell'art. 3 Cost., dei margini di razio-

nalità della scelta operata dalle norme attributive di poteri derogatori «solo» ai contratti stipulati da determinati soggetti sindacali. Rispetto all'art. 8, legge n. 148/2011, il problema della razionalità della scelta legislativa in merito ai soggetti legittimati si pone nei medesimi termini, con una non marginale differenza: mentre le disposizioni emanate prima dell'art. 8 riguardavano soltanto un singolo aspetto di disciplina del rapporto di lavoro, così rendendo la scelta dell'articolazione organizzativa del sindacato – nonché del (non necessariamente conseguente) livello negoziale – difficilmente criticabile in termini di razionalità, non essendo impossibile trovare un fondamento giustificativo a quella scelta, nella disposizione più recente la questione si complica enormemente. Si può davvero immaginare che abbia una propria razionalità la scelta di affidare ai sindacati nazionali e territoriali la stipula di un contratto di livello territoriale che, se sottoscritto, è in grado di modificare peggiorativamente la maggior parte delle condizioni di lavoro legali per tutti i lavoratori delle imprese in qualche modo rappresentate al tavolo negoziale di un determinato ambito territoriale?

3. — Detto questo, come utile cornice di riferimento per le considerazioni riguardanti il tema specifico che mi è stato affidato, posso tornare a ragionare su di esso, e specificamente sulla questione di costituzionalità sollevata dall'attribuzione ai contratti collettivi stipulati *ex art. 8* di un'efficacia *erga omnes* – quantunque nei limiti sopra delineati – con un meccanismo che, già a prima vista, appare del tutto eccedente rispetto a quanto previsto dall'art. 39, seconda parte, Cost. Per dirla in poche parole, nella disposizione non v'è traccia di registrazione dei sindacati previa verifica della democraticità dei loro statuti (commi 2 e 3), né v'è traccia di rappresentanze unitarie di tali sindacati costituite su base proporzionale, con riferimento ai relativi iscritti (comma 4).

Stante questa evidente difformità, a prima vista parrebbe possibile sostenere immediatamente e senza indugi l'incostituzionalità della disposizione. E tuttavia, come ho accennato in precedenza, sono state prospettate due strade per negare siffatta incostituzionalità: quella del ragionamento «sottrattivo» e quella, invece, di una lettura «per principi» dell'art. 39 Cost., favorevole a una sorta di sua attuazione «per equivalente». È ora arrivato il momento di affrontare entrambe le costruzioni, confutandone in radice la fondatezza.

Partendo dalla prima, si può anzitutto segnalare come sia relativamente agevole risolvere la questione della incostituzionalità dell'art. 8 per la parte in cui prevede l'efficacia generale dei contratti territoriali sti-

pulati nel rispetto di condizioni e limiti da esso stesso previsti. A questo riguardo è stato di recente rilevato (Leccese) come le leggi n. 741/1959 e n. 1027/1960 facessero esplicito riferimento alla possibilità di estendere *erga omnes* anche contratti collettivi di livello provinciale. In particolare l'art. 4, comma 2, della legge n. 741 prevedeva che «nell'emanare le norme di cui all'art. 1 della presente legge il Governo dovrà uniformarsi anche ai contratti integrativi provinciali, cui abbiano fatto rinvio contratti collettivi nazionali o a quei contratti collettivi stipulati in sede provinciale da associazioni affiliate ad associazioni aventi carattere nazionale che non prevedano, nel caso di esistenza di norme nazionali, condizioni inferiori per i lavoratori». Al di là dello specifico contenuto della disposizione, quello che interessa sottolineare è che, nella misura in cui la fattispecie dei contratti provinciali era formalmente inclusa nella normativa del 1959, appare evidente come il giudizio di incostituzionalità operato dalla Corte con la sentenza n. 106 del 1962 abbia riguardato espressamente non solo i contratti nazionali, ma anche i contratti provinciali: ragione per cui appare evidentemente un *nonsense* pretendere di argomentare la non riconducibilità dei contratti collettivi territoriali sotto l'egida dell'art. 39, seconda parte, Cost.

A ben vedere, peraltro, alla medesima conclusione si deve giungere in relazione ai contratti collettivi aziendali: nei loro confronti non soccorre la sentenza della Corte del 1962, e tuttavia sono molte le critiche che è stato, ed è tuttora, possibile rivolgere alla tesi che vorrebbe tali contratti esclusi dalla portata dell'art. 39 Cost. (tesi sorrette in particolare dalla considerazione che nel comma 4 della disposizione costituzionale si fa riferimento alle «categorie» e che all'epoca della emanazione della Carta costituzionale il legislatore non poteva avere consapevolezza della figura del contratto aziendale, estraneo all'esperienza sindacale del tempo). Sulla questione si sono cimentati in passato già molti Autori; e io stesso, in un saggio scritto alcuni anni fa (Carabelli-Leccese), avevo messo in evidenza come contro la pretesa di escludere i contratti aziendali dalla portata della previsione costituzionale militassero numerosi argomenti di indiscutibile peso interpretativo. Il fatto che oggi si debba nuovamente riproporli è l'effetto, io credo, di una cattiva prassi, ormai invalsa nel dibattito dottrinale (e certo assecondata dal legislatore più recente): quella di dimenticare il dibattito scientifico pregresso e le posizioni maturate, riproponendo le stesse costruzioni nei cui confronti sono state avanzate critiche puntuali, senza preoccuparsi affatto di confutare tali critiche in punta di diritto; insomma, la posizione contraria non viene contestata con le tecniche dell'argomentazione giuridica, ma viene sem-

plicemente rimossa, come se non fosse stata mai avanzata. E allora occorre tornare a ribadirla, ricordando sempre che non si può fuggire dai problemi di costituzionalità senza risolverli, confidando nella acquiescenza indotta dalle difficoltà contingenti; perché alla fine ci sarà pur sempre un giudice, anche del più piccolo Tribunale nazionale, che potrà e vorrà sollevare la questione davanti al giudice delle leggi.

In effetti, riguardo alla impossibilità di escludere la contrattazione aziendale dall'ambito di applicazione dell'art. 39, commi 2 ss., Cost., è stato già detto quasi tutto. Proviamo dunque a ripercorrere brevemente gli argomenti portati a sostegno della tesi inclusiva. Si è detto che l'argomento principale portato a sostegno della tesi «sottrattiva» è che il legislatore costituente avrebbe avuto presente, nel 1947, solo il contratto di categoria, tipico dell'esperienza corporativa, come risultante dall'espressione adottata nel comma 4, onde i meccanismi per l'estensione dell'efficacia soggettiva previsti dall'art. 39 Cost. non potrebbero riguardare il contratto aziendale. Quest'ultimo, di conseguenza, resterebbe fuori dall'ambito applicativo della disposizione costituzionale e nulla impedirebbe che la sua efficacia generale sia realizzata dal legislatore per altre vie.

L'affermazione non regge sotto vari profili.

In primo luogo – e questa rappresenta, in verità, una vera e propria premessa logica di carattere generale –, questa lettura trascura completamente che l'articolo 39 Cost., al comma 1, prevede la libertà sindacale, e che tra i contenuti essenziali di quest'ultima v'è quello negativo di poter rifiutare di aderire a un sindacato nonché di potersi sottrarre all'esercizio, da parte di terzi, di un potere di rappresentanza sindacale. Ciò significa, per altro verso, che nessuno può essere costretto a rispettare un contratto collettivo stipulato da soggetti che non lo rappresentano: l'unica strada per ovviare a questo limite, ci ha detto la Corte Costituzionale con la sentenza n. 106/1962, è quella indicata nei commi 2 e seguenti della stessa disposizione costituzionale. In altre parole, l'unico modo per pervenire alla stipulazione di contratti collettivi a efficacia generale, evitando di incorrere nel limite derivante dalla previsione libertaria del comma 1, è l'utilizzazione dello schema previsto dallo stesso legislatore costituente nella seconda parte dell'art. 39 Cost. Se ciò è vero, appare con altrettanta evidenza la contraddizione in cui incorre la tesi qui criticata: anche ove si dimostrasse che la contrattazione aziendale è da intendersi esclusa dalla portata dei commi 2 e seguenti, questo non significa che il legislatore sia poi libero di disciplinare, secondo regole alternative a quelle di cui allo stesso art. 39 Cost., l'acquisizione, da parte dei contratti aziendali, dell'efficacia *erga omnes*, in quanto si porrebbe in

pieno per essi il problema di fronteggiare il limite imposto dall'art. 39, comma 1, Cost. Il paradosso del ragionamento «sottrattivo», insomma, è questo: se eliminiamo dalla portata dell'articolo 39, commi 2 e seguenti, Cost. i contratti aziendali, non ci sarebbe, poi, nessuna via alternativa per attribuire a essi l'efficacia *erga omnes* (salvo, evidentemente, a operare attraverso gli *escamotage* elaborati dalla dottrina e giurisprudenza sul piano privatistico, ma allora la storia è un'altra); quindi l'unico modo per consentire al legislatore ordinario di attribuire a essi l'efficacia generale è di considerarli inclusi nell'art. 39, Cost. e di percorrere anche rispetto a essi la strada indicata dai commi 2 e seguenti.

Ciò premesso (e, se mi permettete, non è poco...), le altre obiezioni sollevate più volte nei confronti della tesi «sottrattiva», e che è fin troppo semplice qui richiamare, riguardano l'argomento principale su cui essa si fonda, cui si è sopra fatto riferimento. Ritenere, infatti, che l'espressione «categoria», utilizzata dal Costituente nel comma 4 dell'art. 39 Cost., debba essere riferita «esclusivamente» alla categoria produttiva, e che pertanto la stessa disposizione riguardi solo i contratti nazionali di categoria, è una forzatura interpretativa che confliggerebbe con l'art. 39, comma 1, Cost., in quanto con tale interpretazione si negherebbe che il concetto stesso di categoria debba essere identificato non in ciò che il legislatore consideri tale, bensì solo ed esclusivamente in ciò che tale sia considerato dalle parti sociali, e dunque dalla stessa autonomia collettiva. In tal senso, la «categoria» rilevante ai fini della procedura negoziale finalizzata alla stipula del contratto collettivo a efficacia generale deve essere, volta a volta, identificata dalle parti sociali, nel pieno esercizio della loro libertà sindacale e contrattuale. L'argomentazione appena svolta non può allora che riassorbire anche l'obiezione (aggiuntiva) secondo cui il legislatore costituente non poteva avere consapevolezza di contratti aziendali all'epoca della predisposizione dell'art. 39: a parte il fatto che l'illusione è tutta da dimostrare (si è ricordato da taluno che già il disegno di legge Rubinacci, di attuazione dell'art. 39 Cost., elaborato nel 1951, conteneva specifico riferimento ai contratti aziendali), resta ancor più valida la necessità di riconoscere alla parola «categoria» un significato «aperto», attribuendo, in attuazione del principio di libertà sindacale, all'autonomia sindacale e contrattuale il compito di dare a esso contenuto concreto.

Sono così arrivato a trattare dell'ultima costruzione che potrebbe essere invocata per la legittimità costituzionale dell'art. 8, legge n. 148/2011, e che mi sembra in questo momento particolarmente *à la page*: intendo riferirmi a quella – che come ho ricordato più sopra è stata definitiva

«per equivalente» – secondo la quale, sminuendosi il valore vincolante della lettera dall'art. 39, seconda parte, Cost., e quindi del formale procedimento ivi delineato, potrebbe giungersi a sostenere che sarebbe comunque conforme alla disposizione costituzionale una normativa di legge ordinaria che, rispettando il principio di democraticità rappresentativa, valorizzasse poi il principio maggioritario nell'ambito del processo decisionale, così dando soddisfazione a un preteso, sottinteso «voluto» del legislatore costituente.

Come ricorda l'Autore che di recente ne ha disegnato criticamente i tratti generali (Leccese), siffatta costruzione potrebbe trovare assai probabilmente fondamento nelle riflessioni contenute in un importante contributo di Massimo D'Antona, scritto pochi mesi prima della sua tragica scomparsa, nel quale veniva proposta una suddivisione interna alla disposizione costituzionale tra la parte attinente ai rapporti sindacati-potere pubblico (identificabile nelle previsioni dei commi 2, 3, e prima parte del 4) – il cui sostanziale rilievo costituzionale potrebbe essere considerato, in qualche misura, suscettibile di progressivo decadimento, essendo stata essa originariamente costruita con lo sguardo rivolto a un passato precostituzionale, ormai di nessuna attualità – e quella attinente, invece, alla democratica rappresentanza degli interessi e alla corrispondente formazione della volontà collettiva – la quale continuerebbe tuttora a esprimere fondamentali e ineludibili esigenze di garanzia nei rapporti tra le organizzazioni sindacali e tra queste e i lavoratori.

In effetti, andando forse oltre la stessa finalità ricostruttiva intrinseca alla riflessione del compianto studioso, taluno, come si è accennato, potrebbe essere tentato di valorizzare, appunto, due principi sostanziali ricavati dalla seconda parte del comma 4 dell'art. 39, riguardanti, rispettivamente, da un lato, la composizione del soggetto rappresentativo negoziale mediante strumenti di diretta investitura di capacità rappresentativa generale, con simultaneo rispetto del principio proporzionalistico, e, dall'altro lato, l'approvazione dell'atto negoziale secondo la regola maggioritaria, quali elementi insieme costitutivi del valore democratico dell'agire negoziale del sindacato.

Orbene, perfino a voler ammettere la praticabilità di un siffatto percorso interpretativo (identificando in tali principi l'essenza del precetto costituzionale), appare evidentemente improponibile la sua applicabilità all'art. 8, comma 1, legge n. 148/2011, la cui criptica formulazione risulta comunque non corrispondere neppure latamente ai due principi predetti (nonché alle sottese esigenze di politica del diritto). A prescindere dalla «insostenibile leggerezza» dell'atecnico richiamo del principio

maggioritario (di cui non è dato assolutamente capire l'ambito di riferimento), non può mancarsi di notare la distanza della norma anche dal principio relativo alla necessità che l'individuazione del soggetto negoziale avvenga sulla base di forme di diretta investitura di un potere di rappresentanza generale dei lavoratori, e nel rispetto anche del principio proporzionalistico. Ciò è senz'altro vero per i casi di attività negoziale territoriale o aziendale posta in essere dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e territoriale, e in quello di contratto aziendale stipulato da Rsa afferenti a siffatte associazioni, nei quali è assente ogni rilievo circa un loro collegamento con la generalità dei lavoratori. Ma appare vero altresì nel caso di Rsu, la cui formazione è connotata da un meccanismo elettivo aperto a tutti i lavoratori interessati che, oltre a essere di derivazione contrattuale, e quindi poggiante sulla mera volontà delle parti sociali, è connotato altresì dalla pretesa dei sindacati confederali (legittima nel sistema di relazioni industriali, ma inaccettabile nell'ordinamento statuale) di assicurarsi nell'organo la presenza di un terzo di rappresentanti «in prededuzione».

L'obiettivo di raggiungere il risultato dell'*erga omnes* senza passare attraverso le Forche caudine di una disposizione un po' *demodée*, formalisticamente ancorata alla registrazione dei sindacati (previa misurazione della democraticità dei loro statuti interni) e alla costituzione di rappresentanze unitarie dei sindacati registrati in proporzione degli iscritti quale condizione per la stipula di contratti a efficacia generale e obbligatoria, appare dunque destinato all'insuccesso, già per la mancanza stessa dei presupposti richiesti perfino dalla ricordata costruzione che ammette la possibilità di un'attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost. «per equivalente».

La verità, peraltro, è che questa pretesa mi sembra insostenibile proprio in ragione di quanto ho più sopra affermato: nella misura in cui l'art. 8, legge n. 148/2011, è formalmente una norma attuativa dell'art. 39 Cost., seconda parte, Cost., io credo che si debba essere particolarmente rigorosi nella valutazione della sua adeguatezza al dettato tanto sostanziale che formale della disposizione costituzionale.

A questo riguardo, desidero sottolineare che io non escludo affatto, in linea generale, che anche le norme costituzionali possano essere oggetto di interpretazione evolutiva. A fronte di principi il cui contenuto deve essere riempito dall'attività interpretativa dell'operatore giuridico, al fine di rendere la norma in linea con il mutare degli eventi esterni, io penso che sia giusto tale processo di adeguamento, fermo restando, comunque, il rispetto dei tratti fondamentali, essenziali della norma co-

stituzionale, da cui non sarebbe mai possibile prescindere. Nel caso che ci riguarda, invece, non siamo di fronte a una norma che fissa solo principi, bensì a una norma che definisce una puntuale procedura: si tratterà pure di una procedura *demodée*, in quanto ispirata da un sistema del nostro passato precostituzionale; ma la norma costituzionale che la prevede esiste e ha dentro di sé elementi valoriali del tutto peculiari e per nulla superati dal punto di vista storico, i quali non possono essere confusi o ritenuti assorbibili da altri.

Così, la rappresentanza generale può essere indubbiamente fondata su un principio di democrazia (meglio: di democratica partecipazione di tutti i lavoratori alla selezione del soggetto); però occorre fare attenzione nel ricercare tale principio nell'art. 39 Cost., perché in verità nella norma il principio di democrazia viene riferito non alla costituzione o al funzionamento della rappresentanza unitaria, bensì all'ordinamento interno dei sindacati registrandi (principio democratico rispetto al quale, in uno studio di molti anni fa, ebbi a sottolineare la necessità di una sua essenziale riduzione alla incomprimibile libertà di adesione e di recesso del singolo).

Quanto poi al principio proporzionalistico, esso rappresenta, nella norma costituzionale, un elemento assolutamente essenziale perché il soggetto rappresentativo sia (ancora una volta, democraticamente) il più possibile rispondente ai rapporti di forza tra i sindacati registrati – in quanto tali dotati di rappresentanza generale – che lo costituiscono (laddove, come appena detto, il principio di proporzionalità non è fatto per niente proprio dall'art. 8).

E infine, è vero che il principio maggioritario è normalmente ritenuto strumento per il funzionamento democratico delle organizzazioni; e peraltro, nella norma costituzionale non si fa riferimento a tale principio, ma soltanto, come appena detto, a quello di proporzionalità. Naturalmente si può senz'altro sostenere – come in effetti è stato fatto in passato e di recente – che per consentire un efficiente funzionamento delle rappresentanze unitarie occorra necessariamente presupporre il ricorso al principio maggioritario. E comunque si tratterebbe pur sempre di un principio riferito a un organismo rappresentativo costituito su base rigorosamente proporzionale rispetto agli iscritti alle organizzazioni sindacali registrate, investite *ex lege* di una funzione rappresentativa generale (nel caso dell'art. 8, invece, esso, come si è detto e come sopra evidenziato, è del tutto attecnicamente riferito alle non meglio specificate «predette rappresentanze sindacali»).

In conclusione, sono consapevole della sempre più urgente necessità di risolvere il problema aperto dell'efficacia soggettiva dei contratti

collettivi (specie se derogatori); e tuttavia sono nel contempo convinto che l'adozione di strade secondarie per risolverlo porta solo a complicazioni, e anzi a contrasti costituzionali insuperabili: la via maestra è quella della riforma della norma costituzionale, e non ritengo esistano altre strade alternative plausibili.

Intervento pomeridiano

Le ultime parole di Franco Scarpelli mi hanno riportato alla mente un bellissimo articolo che ho letto molti anni fa in una rivista economica asiatica, nella meravigliosa Biblioteca economica di Cambridge (Marshall Library). Il saggio, del cui Autore, perdonatemi, non ricordo il nome, riguardava l'evoluzione industriale ed economica dell'India, e in un passaggio centrale trattava della tensione insita nel confronto tra Fame e Democrazia: la libertà sostanziale dal bisogno corrisponde a un'esigenza primordiale dell'essere umano, si evidenziava nello studio, rispetto alla quale soggiacciono a inevitabile condizionamento i principi di libertà formale e finanche quello di eguaglianza. Comprendo il vostro probabile sconcerto di fronte a questo mio ricordo, ma consentitemi di sottolineare come siffatta riflessione – che affonda, com'è noto, le proprie radici nella filosofia politica moderna –, per quanto legata a situazioni radicali, non sia affatto estranea, in linea di principio, alla vicenda Fiat, e specificamente alle note vicende di Pomigliano e Mirafiori, nelle quali il principio democratico della decisione di maggioranza è apparso fortemente inciso dalle pesanti preoccupazioni collegate al «ricatto» costituito dalla possibile perdita del posto di lavoro in una fase recessiva a disoccupazione montante. Quindi, inviterei tutti a fare molta attenzione quando si giudicano situazioni come queste e a evitare facili, ma inopportune e un po' grossolane affermazioni secondo cui siffatte votazioni – comparabili, permettetemi anche questa battuta, con quelle con cui si dovesse scegliere la corda con cui impiccarsi – costituirebbero un «esaltante» esercizio di democrazia: mi accontenterei se riconoscesse che è la «minima» forma di democrazia possibile in questi casi, di tipo essenzialmente procedurale, ma che sarebbe opportuno che essa fosse sostenuta da forti manifestazioni di democrazia sostanziale, operate soprattutto dai soggetti pubblici (Governo, Enti locali ecc., reti di welfare ecc.): il che, nel caso della Fiat, è senz'altro mancato (e anzi l'allora ministro del Lavoro ha notoriamente «remato contro», apprezzando la durezza dello scontro e la rottura del fronte sindacale).

Voglio poi dedicare qualche considerazione critica a quanto ha sostenuto Andrea Lassandari, circa la necessità di valorizzare la libertà

sindacale nel suo contenuto *positivo*, cioè la legittima pretesa dei singoli lavoratori di raggiungere una regolazione condivisa, specialmente in tema di organizzazione del lavoro, al fine di mantenere alta la probabilità di conservare il proprio posto di lavoro; di qui il necessario cedimento della pretesa minoritaria di altri lavoratori meno disponibili, ad esempio, a rinunce dei propri diritti. La posizione di Andrea, da lui già espressa nella sua bella monografia sulla contrattazione aziendale, è collegata, evidentemente, alla considerazione della presenza, quasi sempre, di una strettissima interconnessione tra gli interessi dei lavoratori coinvolti da processi negoziali aziendali, al punto da renderne evidente un'indivisibilità materiale che dovrebbe essere assecondata dal diritto. Sul punto credo che valga la pena di richiamare le critiche (Carabelli-Leccese) rivolte alla tesi – avanzata da autorevole dottrina (Liso, Persiani) – secondo cui, nei casi di cui si discute, occorrerebbe riconoscere pieno rilievo giuridico alla indivisibilità della materia trattata e/o degli interessi in campo, e cioè che all'eventuale indivisibilità degli interessi nel mondo reale non può essere attribuito rilievo in modo automatico sul piano del diritto quando è in ballo la libertà costituzionale *negativa* di altri soggetti. Quest'ultima – ricostruibile pure, se si vuole, in termini di «diritto di resistenza» – rappresenta un baluardo nell'ambito di un sistema informato al principio privatistico-volontaristico e, trovando fondamento pieno nell'art. 39, comma 1, Cost., può essere sacrificata, come ho affermato in precedenza, previa attuazione per legge dell'art. 39, seconda parte, Cost., nell'ambito di una contrattazione a essa conforme.

Un altro aspetto che mi pare meritevole di qualche osservazione è quello toccato dalla dott.ssa Sanlorenzo, secondo la quale, stante la formulazione dell'art. 8, legge n. 148/2011, si potrebbe verificare l'ipotesi di un contratto collettivo che, per mancanza di requisiti, non è in grado di attingere l'efficacia *erga omnes*, ma potrebbe pur tuttavia svolgere la sua funzione derogatoria, quindi ottenere lo stesso risultato voluto dalla norma, seppure in ambito ristretto. Io sono d'accordo con questa lettura, ritenendo anch'io che non si possa sostenere che, mancando i requisiti per l'*efficacia generale*, venga meno completamente il contratto. Vige in pieno, in questo caso, il principio generale della conservazione degli atti giuridici privati, secondo il noto brocardo *utile per inutile non vitiatur*: i contratti conclusi produrranno i loro normali effetti privatistici; quantunque, nel caso di contratti derogatori di normative legali, i relativi effetti potranno essere attinti solo se saranno rispettati tutti i requisiti (quelli finalistici e contenutistici, nonché il «criterio

maggioritario»), previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 8, legge n. 148/2011 (oltre che, ovviamente, i vincoli derivanti dalla Costituzione e dalle normative europee e internazionali, di cui al comma 2-*bis*).

Una breve chiosa in ordine alla questione della indisponibilità del tipo. Quest'ultima, com'è evidente, ha un senso se c'è un sistema di regole legali inderogabili in favore del lavoratore; ragion per cui, se si riconosce che la gran parte (se non la quasi totalità) della disciplina regolativa del lavoro subordinato è derogabile, non ha più senso parlare di indisponibilità del tipo, in barba a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nelle due sentenze che ho ricordato in precedenza. Insomma, se, come sottolineato dalla Corte, è da escludere che la legge possa consentire ai privati di disporre della qualificazione giuridica del contratto di lavoro subordinato, perché altrimenti si rendono vane le regole inderogabili di tutela del lavoro, mi pare sostenibile che, qualora il legislatore giunga di fatto a sostituire la regola generale dell'inderogabilità della normativa di tutela con quella di derogabilità (è quello che ha fatto il Governo appena decaduto con l'art. 8, in attuazione di un progetto politico che, come ricordavano Alessandro Garilli e Marco Barbieri, risale senza dubbio al *Libro bianco* del 2001), esso sta adottando una norma che, come ho già detto, costituisce un equivalente funzionale di quella relativa alla «disponibilità» del tipo, e che si espone, pertanto alle medesime censure di incostituzionalità.

Nanni Alleva nel suo intervento si chiede, sostanzialmente, se il richiamo all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 contenuto nell'art. 8 della legge n. 148, ove inteso come esaustivo, non sia in grado di garantire, attraverso l'uso del referendum, l'efficacia generale degli accordi aziendali. A parte la dubbia possibilità di ricondurre la generica formulazione della norma legale esclusivamente alla disciplina negoziale, e a parte la notevole differenza di ruolo che assume la contrattazione aziendale nel sistema legale disegnato dall'art. 8 e in quello negoziale definito dall'accordo (in quest'ultimo c'è un controllo politico assegnato alle organizzazioni di livello nazionale sulla competenza negoziale del livello aziendale), io ritengo che il rispetto della procedura negoziale prevista dall'accordo non sia in grado di assicurare, secondo i principi di legge, *Perga omnes* agli accordi aziendali *derogatori della normativa di legge*, per i motivi che ho sopra enunciato in relazione al contrasto con l'art. 39, seconda parte, Cost. Se ciò è vero, è pur vero tuttavia quanto osservato di recente in un convegno barese in tema di contrattazione dedicato a Gianni Garofalo: nel sistema delineato dall'Accordo interconfederale c'è un raccordo diretto tra contratto nazionale e azien-

dale, nel senso che la competenza derogatoria di quest'ultimo rispetto alla disciplina contenuta nel primo sarà fondata dalla clausola di rinvio contenuta nello stesso contratto nazionale (Leccese). Ciò significa che, se il lavoratore si vorrà vedere applicato il contratto nazionale, dovrà necessariamente accettare anche la clausola di rinvio in esso contenuta, con tutte le conseguenze che ne derivano. Ecco perché ove si resti ancorati alla sola disciplina negoziale, e si operi all'interno dell'Accordo interconfederale del 28 giugno, il contratto aziendale potrebbe facilmente attingere all'efficacia generale: ma ciò, solo di fatto, per via del condizionamento indiretto della volontà del lavoratore, e non per il crisma conferito dall'art. 8, ovvero per le alchimie del *referendum* e del voto di maggioranza, sulle quali mi sono già soffermato in precedenza.

Infine, qualche considerazione sull'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, che, come segnalato da Alleva e da altri, vede esaltati ulteriormente, proprio per effetto dell'art. 8, tutti i suoi attuali profili di incostituzionalità. Io ritengo che la Corte Costituzionale, con le due sentenze n. 30/1990 e n. 244/1996 pronunciate nei confronti della disposizione statutaria, abbia dato vita a un vero e proprio corto circuito che ormai, dopo le vicende Fiom/Fiat, è apparso con tutta evidenza. Il corto circuito sta primariamente in questo: mentre nella sentenza del 1990 la Corte aveva affermato che la scelta del legislatore di non far riferimento, nella originaria lett. *b*, alla stipulazione di un contratto aziendale, al fine di legittimare un sindacato alla costituzione di una Rsa, era legittima in ragione della volontà di privilegiare, per discrezionali ragioni di politica del diritto, i sindacati confederali *ex se* e quelli nazionali in quanto stipulanti un contratto applicabile nell'unità produttiva interessata, nella sentenza del 1996, emanata dopo il *referendum* del 1995, la Corte si è trovata a dover fare i conti con una «nuova» disposizione, la quale, viceversa, ha stabilito che la sottoscrizione di un contratto («normativo», secondo la Corte) anche solo aziendale applicabile nell'unità produttiva è elemento idoneo e sufficiente al fine di accedere ai benefici del Titolo III dello Statuto, escludendo, per contro, l'automaticità di accesso prima assicurata ai sindacati confederali (in particolare, in questa seconda sentenza, la Corte ha affermato, com'è noto, che non basta la mera firma del contratto collettivo, in quanto occorre che il sindacato si conquisti l'accesso al tavolo negoziale).

Sui vari elementi di contraddittorietà delle due sentenze mi sono intrattenuto in altra sede, evidenziando l'iniquità e irrazionalità costituzionale (con violazione, dunque, degli artt. 39, commi 1 e 3, Cost.) di una regola di diritto positivo che nega i predetti diritti di fondamento

legale all'organizzazione sindacale che, pur essendo la più forte, e pur riuscendo a sedersi al tavolo negoziale, rifiuti di stipulare un accordo che non ritenga congruo per la propria base (o più in generale per tutti i lavoratori destinatari degli effetti), nonché di sottostare alla morsa rappresentata dall'accordo tra impresa e altre organizzazioni sindacali più disponibili.

Qui desidero invece soffermarmi su un ulteriore argomento che può portarsi a sostegno del contrasto costituzionale in cui, a mio avviso, versa la disposizione nella sua versione attuale; un argomento che deriva da una successiva ordinanza della Corte Costituzionale, la n. 345/1996, emessa sempre in relazione all'art. 19.

Al riguardo, la Corte, nel tentativo di arginare le contraddizioni emergenti dalle due precedenti sentenze, ha affermato che:

«La tutela costituzionale dell'autonomia collettiva garantisce la libertà di decisione del sindacato in ordine alla stipulazione di un contratto collettivo con un certo contenuto, e dunque garantisce il sindacato contro comportamenti dell'altra parte o di terzi, in particolare del potere politico, diretti a interferire nel processo di formazione della sua volontà, turbandone la libera esplicazione. Non di questo tipo è l'incidenza che sulle scelte del sindacato può avere la considerazione dell'effetto legale, esterno al contenuto del regolamento negoziale, collegato dall'art. 19 alla sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva: l'alternativa prospettata dal pretore di Brindisi può bensì in qualche misura condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni».

Parafrasando le affermazioni della Corte, potrebbe dirsi: «Tu sindacato sai, in sede di trattativa sindacale, che se rifiuti la stipulazione del contratto normativo perdi anche i diritti sindacali; ma questo non incide sulla tua libertà sindacale, in quanto fa semplicemente parte del tuo calcolo costi/benefici». Ebbene, a me sembra che, impostata la questione in questi termini, risulti ulteriormente rafforzato il vizio di incostituzionalità sopra evidenziato, in una prospettiva che appare essere sfuggita alla considerazione della Corte: nel caso di specie non stiamo parlando di una qualsivoglia attività negoziale di diritto privato, bensì di un'attività di contrattazione collettiva di rilievo costituzionale, rispetto alla quale la libertà sindacale garantita dall'art. 39, comma 1, Cost. dà all'organizzazione sindacale il diritto *incoercibile* – neppure indirettamente, attraverso la minaccia di perdere l'accesso ai diritti sindacali

– di scegliere se sottoscrivere o meno il contratto. Il fatto che, come afferma la Corte, l'effetto legale risulti esterno al contenuto del regolamento negoziale non inficia l'obiezione appena enunciata, e cioè che la perdita dei diritti del Titolo III dello Statuto, e in particolare del diritto di costituire la propria Rsa, rappresenta un'inammissibile pressione sulla libertà di scelta garantita dall'art. 39, comma 1, Cost., tenuto conto, tra l'altro, che la costituzione di una Rsa rappresenta per un sindacato la condizione per poter partecipare a rilevanti funzioni di tutela collettiva assicurate non soltanto dai contratti collettivi, ma anche dalla legge: si pensi, ormai, non soltanto ai diritti di consultazione in materia, ad esempio, di cassa integrazione, licenziamenti collettivi e trasferimento d'azienda, ma proprio e soprattutto alla previsione dell'art. 8 della legge n. 148/2011! D'altro canto, a seguito della sentenza n. 244/1996 della Corte Costituzionale, la quale ha fatto esplicito riferimento alla necessaria sottoscrizione di un accordo «normativo» per accedere all'area protetta del Titolo III dello Statuto, il sindacato non ha più la possibilità di conquistarsi quei diritti sul campo in un'altra maniera: nemmeno un eventuale accordo di contenuto meramente obbligatorio potrebbe consentirgli di acquisire la qualificazione legale di Rsa. Insomma, se il sindacato, finanche il più rappresentativo nell'unità produttiva interessata, dopo aver combattuto e contrattato vigorosamente, rifiuta di sottoscrivere un contratto collettivo normativo con gli altri sindacati, perché ritiene sconvenienti le clausole in esso contenute (si tratta, com'è evidente, proprio della vicenda Fiat e del rifiuto della Fiom di sottoscrivere gli accordi sottoscritti invece da Fim e Uilm), perderà irreversibilmente, a differenza dei sindacati firmatari, il diritto di costituire Rsa e di godere dei diritti sindacali conseguenti; e questo rappresenta un *vulnus* assolutamente insostenibile della sua libertà sindacale, nonché un irrazionale trattamento differenziale rispetto alle altre organizzazioni sindacali, eventualmente meno rappresentative. Ritengo dunque che la Corte dovrà ben presto tornare a riconsiderare la questione di costituzionalità dell'art. 19 dello Statuto, al fine di eliminare l'insostenibile lesione alla libertà sindacale e al principio di eguaglianza che esso, nella sua attuale versione, continua a provocare.

Adalberto Perulli ()*

EFFICIENT BREACH, VALORI DEL MERCATO E TUTELA DELLA STABILITÀ. IL CONTROLLO DEL GIUDICE NEI LICENZIAMENTI ECONOMICI IN ITALIA, FRANCIA E SPAGNA (**)

«E nudo, cioè morto, dovrà essere anche il giudice, sì che, direttamente esaminando, anima di fronte ad anima, subito dopo la morte, senza tutto quell'accompagnamento di parenti, senza tutto quell'apparato che in terra circonda la gente, giusto sia il giudizio»
Platone, *Gorgia*, LXXIX

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziario del licenziamento economico e la sua critica. — 2. La valutazione della ragione economica: i sincretismi giudiziari. — 3. Le tendenze recenti: evitamento del controllo giudiziario e monetizzazione del recesso. — 4. Verso una nuova tirannia dei valori economici.

1. — *Il controllo giudiziario del licenziamento economico e la sua critica* — Il tema del controllo giudiziale del licenziamento e, in particolare, del licenziamento per motivo economico, rappresenta una delle questioni più sensibili nell'attuale scenario del diritto del lavoro italiano ed europeo. La delicatezza della materia, ancor più enfatizzata dall'attuale crisi economica e dai suoi effetti drammatici sul piano sociale e occupazionale, richiama subito un confronto, che negli ultimi anni si è fatto sempre più serrato e teso, tra il diritto del lavoro (la sua dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi) e le ragioni dell'economia. Per comprendere i motivi profondi di questa tensione dobbiamo ricordare come il diritto del lavoro abbia costruito, soprattutto nei sistemi nazionali ma anche a livello internazionale ed europeo, un poderoso meccanismo di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione, che si iscrive in un più generale processo di dif-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Venezia «Cà Foscari».

(**) Questo saggio sviluppa i contenuti di una relazione presentata dall'Autore al Seminario euromediterraneo su «Il licenziamento di fronte alla sfida della crisi economica», Pescara, Università «G. D'Annunzio», 13 e 14 aprile 2012.

ferenziazione sistemica del *nomos* giuridico rispetto a quello economico. Sottoponendo a controllo l'esercizio delle prerogative unilaterali dell'imprenditore, il diritto del lavoro ha contrastato, più o meno efficacemente, un duplice postulato di base dell'economia neoclassica: da un lato, l'applicazione indifferenziata della logica economica a tutti gli universi d'azione (1), compreso quello giuridico (2); dall'altro, l'«inconoscibilità» del processo che porta gli attori economici, per definizione razionali, a realizzare una dinamica virtuosa degli interessi e, per questa via, a realizzare il bene generale della società. Il postulato esclude in radice sia un intervento della legge sia, *a fortiori*, un controllo giudiziale sulla razionalità economica dell'imprenditore: per usare una metafora ancora in uso nella dottrina francese, l'imprenditore è *seul juge* delle proprie scelte di gestione e delle circostanze che lo determinano a cessare il rapporto di lavoro, posto che «nessuna norma di legge lo obbliga a mantenere la propria attività al solo fine di assicurare al personale la stabilità del loro impiego», secondo quanto statuito nel celebre *arrêt Brinon* (3).

Il postulato dell'inconoscibilità e dell'intangibilità della razionalità economica sta alla base del *laissez faire* e della meccanica che fa funzionare l'*homo oeconomicus* all'interno di una totalità che fonda la razionalità delle sue scelte egoistiche (4). Battuto in breccia dalla legislazione giuslavoristica, che ha sottoposto il potere del datore di lavoro a un'esigenza di giustificazione razionale (5), e dalla giurisprudenza pratica,

(1) Cfr. P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Seuil, Paris, 1994, p. 159, che ricorda come l'economismo dimentica che la stessa economia si è costruita a partire da un processo di differenziazione rispetto alle leggi dell'economia domestica.

(2) G. Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, Napoli, 1999, pp. 33 ss.

(3) Cass. Soc. 31 maggio 1956, Dalloz, 1958, p. 21, con nota di G. Levasseur.

(4) Cfr. la magistrale sintesi di M. Foucault: «La razionalità economica risulta dunque non solo circondata da, ma addirittura fondata sull'inconoscibilità della totalità del processo. L'*homo oeconomicus* è la sola isola di razionalità possibile all'interno di un processo economico il cui carattere incontrollabile non contesta, ma al contrario fonda, la razionalità del comportamento atomistico dell'*homo oeconomicus*. Il mondo economico, insomma, è per natura opaco, non totalizzabile»; lezione del 23 marzo 1979, *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France (1978-1979), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 231 s.

(5) Cfr., da ultimo, E. Gragnoli, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *q. Riv.*, 2011, pp. 511 ss., nell'ambito di un'argomentazione volta a dimostrare che, in termini giuridici, il potere, oltre a dovere essere esercitato «in modo leale», p. 535, «è un'autorità regolata e razionale», p. 541.

poco incline a interiorizzare gli imperativi di flessibilità e pronta ad adottare, al contrario, una postura garantistica divergente con la linea di modernizzazione propugnata dalla Commissione europea (6), il postulato è stato rinvigorito dall'analisi economica del diritto, che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero filtro monetario. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi espressa dalla dottrina giuseconomica della «rottura efficace del contratto» (*efficient breach of contract*) (7), secondo la 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. Applicata alla materia del licenziamento, la dottrina della rottura efficiente segue le ragioni imponderabili della razionalità economica, giustifica qualunque motivo opportunistico di recesso nell'interesse dell'impresa e conduce alla mera monetizzazione del recesso, come se il bene-lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologica a favore del rispetto della norma. L'analisi economica del diritto alla Posner consapevolmente riduce la complessa dimensione valoriale della stabilità del rapporto di lavoro a un puro calcolo finanziario, sostenendo che «il costo che l'imprenditore deve sopportare per giustificare il licenziamento di un lavoratore eccede i benefici che il lavoratore trae dalla protezione contro il licenziamento derivante dalla sua specializzazione professionale (*firm-specific human capital*)», onde l'extra costo per l'imprenditore rappresenta un *labor cost* imputato al lavoratore in termini di minore retribuzione (8). Da qui il primato dell'*employment at will* come fattore razionale contro ogni forma di *job security* diversa dal *firm-specific human*

(6) Cfr. M. Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, *Control judicial y despido*, in *Relaciones Laborales*, 2010, 10, pp. 1 ss., con un giudizio, relativo alla giurisprudenza spagnola, che ben può essere esteso a Francia e Italia.

(7) Cfr. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 119 s. e 127 s.; A. Schwartz, D. Markovits, *The Myth of Efficient Breach*, (2010), *Faculty Scholarship Series*, Paper 93, Yale Law School.

(8) Cfr. R.A. Posner, *op. cit.*, pp. 348 s. Questo curioso argomento è stato recentemente ripreso, tal quale, da A. Ichino e A. Alesina sulle colonne del *Corriere della Sera*, senza peraltro preoccuparsi di spiegare come sia possibile, nel nostro ordinamento, che l'imprenditore addossi al lavoratore il costo della disciplina protettiva posto che i livelli della retribuzione sono frutto di contrattazione collettiva e assistiti dalla garanzia dell'art. 36 Cost.

capital di cui il lavoratore sia in possesso. La dimensione occupazionale dell'impresa, in tal prospettiva, viene rappresentata come una mera variabile di aggiustamento al servizio di una logica di profitto, anche a breve termine, nell'ambito di una visione al contempo amorale, opportunistica e legalmente riduzionistica della regolazione dei poteri imprenditoriali (nel senso che riduce il sistema giuridico di regolazione del potere economico a un sistema di prezzi e di mere convenienze) (9). Invero, se ciò che rileva nella valutazione della giustificazione del licenziamento economico è solo la «perdita attesa» dalla prosecuzione del rapporto, secondo una valutazione che spetta unicamente all'imprenditore e non può essere demandata al controllo del giudice, la logica dell'*efficient breach* e del *severance pay* assorbe ogni valutazione, di ordine extra-economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità. In termini tecnici, questa visione indebitamente assorbe la *causa giuridica* del licenziamento nella *ragione economica* dello stesso, laddove il sistema attuale consiste nel definire, grazie a una felice combinazione tra legge e giurisprudenza, le cause ammissibili del licenziamento economico e a sottomettere a posteriori l'atto unilaterale del datore al controllo del giudice (10).

In questa prospettiva di *law and economics*, e spostando il discorso sul piano dei rimedi, l'ordinamento adotta il paradigma del diritto angloamericano, ove la *specific performance* rappresenta l'eccezione alla regola dei *damages remedies*, fatti salvi i soli casi in cui il prezzo di mercato del bene sia difficile da determinare perché infungibile (11). L'ufficio del giudice si riduce a un *one-shot deal*, a un atto di mera ricognizione «notarile» di una posta economica più o meno predeterminata, laddove, al contrario, nell'ordinamento di *civil law* la misura risarcitoria deve operare come congegno di chiusura del sistema tutte le volte in cui il legislatore non si sia preoccupato di tutelare con una specifica previsione un determinato diritto: come accade, appunto, nel caso di licenziamento illegittimo (e in altre fattispecie in cui la legge dispone una tutela ripristinatoria-satisfattiva) (12). Si tratta della soluzione, opposta a

(9) Per la critica, nella dottrina francese, v. di recente P. Lokiec, A. Lyon-Caen, *Contre la violation efficace du droit du licenciement*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2012, n. 1532, pp. 6 ss.

(10) Cfr. P. Waquet, *Quelques souvenirs sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence sur les licenciements économiques s'est édifiée*, in *Droit ouvrier*, 2012, pp. 86 ss.

(11) R.A. Posner, *op. cit.*, p. 131.

(12) È noto che nel diritto del lavoro convivono tecniche di tutela diversificate: forme di tutela risarcitorio-compensativa o per equivalente (risarcimento del

quella propugnata dalla dottrina dell'*efficient breach*, del risarcimento in forma specifica o per equivalente, offerta dalla reintegrazione (art. 18 Stat. lav.), di cui la Cassazione a Sezione Unite ha sottolineato la coerenza sistematica sia con i principi generali dell'ordinamento, sia con il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost.; diritto che «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma» (13). La Cassazione non poteva esprimere meglio l'avversione per la soluzione patrocinata dall'*efficient breach*, secondo un ragionamento applicabile anche ad altri ordinamenti che non conoscono una disposizione analoga all'art. 18 Stat. lav. ma giungono al medesimo risultato in virtù della pronuncia di nullità/inesistenza del recesso, cui può far seguito, su richiesta del lavoratore, la reintegrazione in azienda (14).

A ben vedere, il postulato economico in esame, oltre che sulla filo-

danno), costitutiva (invalidazione degli atti illegittimi del datore di lavoro), come forme tipiche del diritto comune, e forme di tutela specifica a vocazione ripristinatoria (come l'art. 18) rivolte a garantire la soddisfazione in natura e reale dei diritti violati, in cui peraltro la tutela economica non è affatto esclusa, ma convive con la tutela ripristinatoria. Quindi il diritto del lavoro intrattiene con la tutela risarcitoria un rapporto ambivalente: da una parte, v'è un chiaro privilegio per le forme di tutela speciale, come nel caso della tutela reale che rimuova gli effetti dell'evento dannoso (tipico il caso del licenziamento) o per una tutela preventiva che eviti la produzione dell'evento dannoso (funzione preventiva dell'art. 2087 cod. civ.); dall'altra il diritto del lavoro deve fare i conti con il principio di effettività delle tutele, subendo un inevitabile *decalage* verso la tutela risarcitoria. Vale rammentare, comunque, che la Cassazione a Sezioni Unite 10 gennaio 2006, n. 141, con un'approfondita analisi sistematica ha affermato che la tutela in forma specifica è il cardine della protezione apprestata dal nostro ordinamento in tema di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, mentre soltanto in via subordinata ed eventuale questa può ridursi al risarcimento del danno; cfr., sul punto, per i profili giuslavoristici, V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 23/2004. Più in generale, sui rimedi restitutori, risarcitori e satisfattivi, cfr. la recente opera di S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

(13) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141.

(14) La reintegrazione sarà pronunciata salvi casi di impossibilità, in particolare nel caso di chiusura dello stabilimento o del sito, o di assenza di impiego disponibile tale da permettere la reintegrazione; cfr. P. Lokiec, *Droit du travail*, tomo I, *Les relations individuelles de travail*, Puf, Paris, 2011, pp. 3906 ss.; D. Métin, *Le conflit de logiques: la logique patronale face aux impératifs du droit des travailleurs*, in *Rev. droit trav.*, 2012, pp. 73 ss.; in giurisprudenza, cfr. il recente caso *Sas Vivéo France*, con cui la *Cour d'Appel* di Parigi 12 maggio 2012 ha dichiarato nulli i licenziamenti intimati per inesistenza del motivo economico, disponendo la reintegrazione dei lavoratori.

sofia liberista della «meccanica degli interessi» governata dalla mano invisibile, e quindi sottratta a ogni interventismo pubblico, si basa su tre argomenti, rispettivamente di ordine pragmatico, dogmatico e sociale.

Secondo l'argomento pragmatico il giudice non ha la competenza economico-gestionale necessaria per realizzare un controllo efficiente delle ragioni sottese al licenziamento per motivo oggettivo. Per questo, seguendo la dottrina giuseconomica, conviene escludere il controllo del giudice, fonte di imprevedibilità e insicurezza, sostituendolo con un filtro monetario, che renda calcolabile *ex ante* il costo del recesso. In realtà questo tipo di argomenti pragmatici sono fuorvianti, sia perché confondono tra competenza economico-gestionale e competenza tecnico-giuridica (ed è quest'ultima, non la prima, che serve al giudice per realizzare il controllo di legalità del recesso), sia perché lo stesso ordinamento giuridico può colmare questo genere di asimmetrie informative, come accade laddove, nell'ambito delle procedure di licenziamento economico regolate dal diritto francese, si consente il ricorso a esperti-contabili indipendenti chiamati a chiarire le problematiche sottese al recesso sia ai rappresentanti del personale sia allo stesso giudice.

Il secondo argomento è dogmatico: il giudice, esercitando il controllo, tende a fare un cattivo uso dei principi giuridici che governano l'equilibrio tra i valori contemplati dall'ordinamento l'iniziativa economica privata (libertà di intraprendere), da un lato, e la tutela del lavoratore, dall'altro. Secondo questa prospettiva, il giudice non è legittimato a sottoporre il potere economico a un vaglio di razionalità, né a controllare in maniera approfondita il motivo oggettivo del licenziamento, cioè – secondo una formula abusata – a «sindacare il merito» del provvedimento; e quando lo fa eccede i suoi poteri, viola il principio costituzionale di iniziativa economica, onde il controllo sulle prerogative imprenditoriali di gestione finisce per essere un modo per imporre addirittura l'ideologia del giudice o la sua visione politica (15). Il giudice può, al massimo, controllare la sussistenza del motivo economico, e che la sua esistenza non nasconda una frode alla legge o una discriminazione, ma non può assolutamente apprezzare la pertinenza economica del motivo (16).

(15) Per tutti, nella dottrina italiana, M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 1 ss.

(16) Cfr., nella dottrina francese, G. Canivet, *L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Droit soc.*, 2005, p. 951; Ph. Langlois, *Le respect de la loi en droit du travail*, Dalloz, 1997, Chron., p. 45.

In realtà, anche la critica dogmatica è del tutto infondata. Sorda alla tradizione ermeneutica, espressione di un giuspositivismo legalista che vorrebbe ridurre l'atto del giudicare a un sillogismo, la critica dogmatica si sgretola di fronte all'autorità dell'argomento filosofico-giuridico di Kojève, laddove, analizzando l'imparzialità del terzo, dimostra come l'intervento del giudice non può, per definizione, essere disinteressato, nella misura in cui il suo atto modificando oggettivamente il mondo modifica oggettivamente anche l'attore che di quel mondo è parte (17). Se il giudice, attraverso la sua attività, è necessariamente parte di un processo ermeneutico di modificazione del mondo, fuorviante risulta essere la risalente visione oppositiva fra un controllo giudiziario di mera legittimità, che dovrebbe preservare il *milieu* economico dalla visione soggettiva del giudice, e un controllo di merito, o di opportunità, che quel dato economico penetra e seleziona; visione recepita nell'insegnamento che ammette solo il primo tipo di controllo (sull'effettività della scelta economica, *id est* i fatti allegati dal datore di lavoro e sul nesso di causalità fra questa e il licenziamento), negando il secondo (18). In realtà l'ordinamento giuridico, in tutti i paesi considerati, richiedendo la necessaria presenza di *ragioni* che legittimano il licenziamento, non esclude affatto il controllo sulla realtà, congruità e serietà dei motivi adottati dall'imprenditore, consentendo al giudice di vagliare quelle ragioni tanto sotto il profilo della loro concreta sussistenza, tanto sotto il profilo della loro intrinseca razionalità strumentale e valoriale. E nel processo che porta il giudice a valutare la sussistenza della causale giustificativa, «il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il che equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi» (19). Vedremo, peraltro, come tale penetrazione del controllo sulle ragioni economiche non equivale a una violazione delle prerogative costituzionalmente garantite della libertà economica, trovando un suo preciso fondamento giuridico

(17) A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981, p. 78: «le Juge est donc toujours "intéressé". Directement ou indirectement il profite toujours de son intervention, ou est lésé par elle. En fait il n'y a pas de Juge "désintéressé"». Già Platone, nel *Gorgia*, LXXIX, ravvisa la condizione indispensabile della decisione giusta nella messa a nudo del giudice, che con la sola anima giudica un'altra anima: un morto, isolato dalle influenze terrene del corpo, della passione, del sentimento, dei desideri.

(18) Cfr., ad es., nella manualistica italiana più recente, O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 519.

(19) Così G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli e G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8.

nell'applicazione del principio di razionalità/proporzionalità al potere dell'imprenditore, secondo un indirizzo presente in molti ordinamenti, anche di *common law* (20).

Il terzo argomento è di carattere sociale/morale: il controllo giudiziale sui licenziamenti, oltre a essere diseconomico, è *antisociale* perché produce un impatto negativo sull'occupazione e conduce a un mercato del lavoro «duale» (secondo la fortunata tesi *insiders/outsiders*). Seguendo questa critica – la più corrosiva per le ragioni «sociali» del diritto del lavoro –, le imprese non assumono con contratti a tempo indeterminato perché le norme di protezione dell'impiego (*Employment protection legislation*) sono troppo rigide e consentono un'interpretazione giurisprudenziale invasiva delle prerogative manageriali. Per giustificare questa critica vengono impiegati argomenti macroeconomici, e soprattutto valorizzati in funzione precettiva gli «indici» di attrattività economica elaborati dalle organizzazioni internazionali (Banca mondiale, Ocse ecc.) che classificano i paesi in ragione del livello di *Employment protection legislation* (indici che, peraltro, non prendono in considerazione proprio le dinamiche regolative conseguenti all'interpretazione giudiziale delle norme) (21).

La conseguenza è sempre la stessa: i giudici non devono «immisschiarsi» nella decisione imprenditoriale, limitando il loro ufficio a casi estremi, ad esempio di licenziamento discriminatorio (fattispecie in concreto fantomatica, almeno negli ordinamenti in esame); o comunque riducendo il loro potere di controllo a quello che in Francia si chiama *détournement de pouvoir*. Meglio ancora se l'intervento del giudice viene del tutto escluso e sostituito con altri congegni più funzionali alla dinamica del mercato del lavoro: meccanismi incitativi, come quello del *bonus/malus* previsto nelle varie proposte di *contratto di lavoro unico*, che

(20) Cfr. P.Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, in B. Teyssié (diretto da), *Standards, Principes et Méthodes en Droit du Travail*, Economica, Paris, 2011, pp. 43 ss.; F. Bousez, *La proportionnalité en droit du travail*, *ivi*, pp. 121 ss. In una prospettiva solo parzialmente diversa, ma convergente nella critica alla tesi dell'illegittimità di un controllo di merito, si pone L. Nogler, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle «Clausole generali» in materia di diritto del lavoro*, p. 932, secondo il quale, in presenza di diritti fondamentali di preminente importanza rispetto al principio di libertà d'iniziativa economica, «il legislatore ben può prevedere che il giudice possa ingerirsi anche nell'opportunità, organizzativa e/o economica, delle decisioni adottate».

(21) Cfr. R. Dalmasso, T. Kirat, *Comparer, mesurer, classer: l'art périlleux de la lexicométrie du licenciement*, in *Travail et emploi*, 2009, pp. 33 ss.

fondendo Cti e Ctd sopprime le procedure di licenziamento lunghe e costose.

A questo genere di argomenti, cui è possibile opporre la perdurante assenza di evidenze empiriche capaci di dimostrare una correlazione tra protezione dell'impiego e occupazione, è stata fornita una secca risposta da parte della *Cour d'Appel* di Parigi, chiamata a valutare la coerenza di una tipologia contrattuale flessibile (*Contrat nouvelle embauches*, Cne) con quanto previsto dalla Convenzione n. 158 dell'Oil e, in particolare, se la drastica riduzione delle tutele in materia di licenziamento, prevista da quel tipo negoziale, fosse proporzionata rispetto al fine perseguito dal legislatore (incremento dell'occupazione): nella lotta contro la disoccupazione, scrivono i giudici francesi, «*la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier et il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciement.*» (22).

Peraltro, proprio la «chimera» del contratto di lavoro unico ha rappresentato, e *pour cause*, una delle proposte più dibattute, negli ultimi anni, nei paesi in esame: in Francia, sulla base dei rapporti Blanchard-Tirole (23) e Cahuc-Kramarz (24); in Spagna con la *Propuesta para la reactivación laboral en España* sottoscritta da 100 economisti e ampiamente dibattuta dalla dottrina giuslavoristica (25); in Italia con le proposte Boeri-Garibaldi e Ichino, sulle quali pareva orientarsi il governo Monti all'inizio del 2012 per realizzare la riforma del mercato del lavoro (26).

(22) C.A. Paris, 6 luglio 2007, n. 06/06992, Dalloz, 2007, AJ 1961, obs. A. Astaix; cfr. E. Dockès, *Le juge et les politiques de l'emploi*, in *Droit soc.*, 2007, pp. 913 ss.

(23) O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Cae n. 44, La Documentation française, 2003; Idem, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *q. Riv.*, 2004, I, pp. 161 ss.

(24) Cfr. P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2005; P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voute de la sécurité sociale professionnelle*, in A. Jeammaud (diretto da), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 55.

(25) Cfr. J.M. Goerlich Peset, *Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010; L.J. Forteza, *Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010; M. Rodríguez-Piñero, *Sobre el contrato de trabajo único*, in *Relaciones Laborales*, 10, 2009; M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010.

(26) Su cui v. F. Carinci, *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, 2012; A. Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2012.

2. — *La valutazione della ragione economica: i sincretismi giudiziari* — A queste critiche, che tendono a preservare intatto il postulato di matrice economica sulla non conoscibilità del processo economico e sulla sua intrinseca razionalità, il diritto del lavoro ha progressivamente contrapposto un diverso modello: quello della conoscibilità e valutabilità delle ragioni che muovono le decisioni dell'imprenditore. È importante evidenziare come questa diversa prospettiva si fondi su una visione pluralistica della ragione economica, che oppone alla concezione neoclassica standard una logica di comprensione dei diversi valori e razionalità sociali in presenza, ammettendo la loro valutazione e il loro contemperamento, irriducibile a una mera meccanica «quantificazione» degli interessi (27). Riprendendo le categorie di Boltanski e Thevenot, lo spazio dell'interazione sociale sottoposto all'imperativo di giustificazione comprende la grandezza *industriale*, caratterizzata dall'efficacia economica, la grandezza del *mercato*, misurata dal profitto e dalla competitività, la grandezza *domestica*, ove primeggia il valore della fiducia, e la grandezza *civica*, basata sul rispetto dei diritti fondamentali (28). Il controllo del licenziamento economico interseca queste diverse grandezze, che lo sottraggono alla tirannia dei valori riducibile a una giustificazione puramente efficientistica; ciascuna di queste razionalità, tra cui spicca quella economica, rivendica la propria universalità, ma il politeismo valoriale è «affrontabile solo aprendo alle diverse razionalità in conflitto, cioè decostruendo/ricostruendo mediante una teoria del diritto dei conflitti tra i diversi discorsi» (29). Questo percorso decostruttivo, che tutti i sistemi in esame hanno compiuto, dimostra l'esistenza, al di là delle diverse tradizioni e tecniche normative impiegate, di un substrato giuridico-culturale comune, di una *concordanza* nell'approccio teorico-pratico che si consolida, in particolare, attraverso *sincretismi metodologici giudiziari*. Lo sviluppo di questi sincretismi è stato possibile, prima di tutto, grazie alla penetrazione di un valore, condensato in un principio, quello della *tutela dei diritti fondamentali del lavoratore*, che nel caso della regolazione del licenziamento si è concretizzato nel principio di *stabilità* dell'impiego. In Spagna il diritto della stabilità dell'impiego è

(27) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail: une raison pluraliste*, in *Rev. droit trav.*, 2011, pp. 618 ss.

(28) L. Boltanski, L. Thevenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Galimard, Paris, 1991; per una ripresa del modello delle «grandezze», in una prospettiva giuridica, S. Leader, *Three faces of justice and the management of change*, in *Modern law review*, 6, 2000, pp. 55 s.

(29) P. Perulli, *Il dio contratto*, Einaudi, Torino, 2012, p. 55.

stato affermato dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 20/1994, secondo la quale «*la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho*». Nel diritto italiano il valore della stabilità dell'impiego, di ascendenza costituzionale (art. 4 Cost.) (30), è riaffermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte a giustificazione del controllo sulle ragioni del licenziamento e dell'attitudine del giudice a selezionare le ragioni economiche che costituiscono giustificato motivo oggettivo da quelle che invece non ne integrano gli estremi (31). Nel sistema francese il diritto à l'*emploi* ha ricevuto consacrazione costituzionale (32) e benché il *Conseil constitutionnel* sembri partire dalla nozione di libertà di intraprendere per verificare l'eventuale lesione sproporzionata del principio, la logica della conciliazione tra valori dimostra l'inesistenza di una gerarchia tra libertà d'impresa e diritto al lavoro a beneficio del primo, onde le ragioni della stabilità ben possono desumersi dai principi fondamentali dell'ordinamento, nonché dalle pronuncie della Corte europea dei diritti dell'uomo sul «*droit à gagner sa vie par le travail*», che secondo la dottrina d'oltralpe producono naturalmente effetti diretti sulla disciplina nazionale del licenziamento per motivi economici (33). Il valore della stabilità si è introiettato nel tessuto normativo e di questo tessuto si è nutrito, contribuendo attraverso l'interpretazione giurisprudenziale a fornire un senso e una prospettiva valoriale al quadro legaltipico, altrimenti anodino e piuttosto neutro, costituito in tutti i paesi considerati dalla presenza di limiti *esterni e interni* al potere dell'imprenditore: limiti *esterni*, in quanto fanno rinvio appunto a diritti del lavoratore che non possono essere compressi, o non possono essere compressi oltre una certa misura (secondo il principio di proporziona-

(30) Cfr. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi costituzionali»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 611 ss.

(31) «Stante il principio della stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e pur nei limiti del controllo giudiziale limitato ai presupposti di legittimità, al fine di integrare il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, non è sufficiente un generico programma di riduzione dei costi; infatti la norma pretende ragioni che giustificano il licenziamento, cioè cause che con il loro peso si impongano sulla esigenza di stabilità e, come tali, siano serie e non convenientemente eludibili»: Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012.

(32) Cons. Const. 28 maggio 1983, n. 84-456.

(33) Cfr. J.-P. Marguenaud, J. Mouly, *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droit de l'Homme*, Dalloz, 2006, Chron. p. 477.

lità), dalle decisioni datoriali; esemplare resta, a questo proposito, il dispositivo-faro del diritto del lavoro francese (art. L. 1121-1 del *Code du travail* – di seguito *C. trav.*), che sanziona con la nullità la violazione da parte del datore di un diritto o di una libertà fondamentale del lavoratore (34). Limiti *interni*, in quanto collegati alla logica di funzionamento dell'organizzazione produttiva e del lavoro, e al suo regolare funzionamento (per riprendere la definizione di giustificato motivo oggettivo in vigore nel sistema italiano), ossia – come si esprime il *Tribunal Supremo* spagnolo – a standard plausibili e ragionevoli «*en términos de gestión empresarial*», dedotti dall'esperienza del «*buen comerciante*» (35). Questo valore della stabilità si è quindi inverato negli ordinamenti grazie a due dinamiche concorrenti: la legge, che ha realizzato l'inquadramento legale tipico del potere di licenziamento, altrimenti libero e arbitrario; l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che sulla base di quel materiale normativo ha rimodellato il controllo giudiziale e la sua capacità di penetrazione, mobilitando *il principio di razionalità/proporzionalità nelle sue diverse articolazioni: adeguatezza causale, necessità, ponderazione e bilanciamento dei diversi interessi in gioco* (36).

In relazione all'applicazione giurisprudenziale delle norme che, negli ordinamenti in esame, fondano il controllo sulle ragioni del licenziamento economico, è necessario rammentare le nozioni di base su cui interviene l'operazione di valutazione giudiziale. Mi riferisco, per la legge italiana, al giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/66, vale a dire le ragioni relative all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento; nella legge francese, all'art. L. 1233-3 del *C. trav.*, ossia il motivo «non inerente alla persona del lavoratore, che implica una soppressione o trasformazione dell'impiego o una modificazione, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto, conseguente, *in particolare*, a difficoltà

(34) «*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*»; la norma costituisce il principale canale di accesso dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro: cfr. G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1991, p. 149.

(35) Sts 2 marzo 2009.

(36) Cfr. A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005; Idem, *Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Rev. droit trav.*, 2006, pp. 83 ss.; A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

economiche o a mutazioni tecnologiche» (37), cui devono aggiungersi i motivi, di creazione giurisprudenziale, relativi alla salvaguardia della competitività dell'impresa e alla cessazione dell'attività; nell'ordinamento spagnolo, alle cause economiche del licenziamento e alle cause produttive, organizzative e tecniche, relative così come riviste dalla legge n. 35/2010 (che ha unificato le cause del licenziamento collettivo e di quello individuale, ampliando la nozione di causa economica) e dalla recente riforma del 2012.

Orbene, queste nozioni di per sé anodine e neutre, prendono corpo e senso sotto l'azione del principio di razionalità/proporzionalità, che rappresenta il vettore principale del sincretismo metodologico emergente dall'analisi comparata. Il licenziamento viene vagliato non solo alla luce di un principio di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini (secondo un canone di razionalità strumentale dell'agire), ma anche di necessità e di ponderazione degli interessi (secondo un canone di razionalità assiologica dell'agire): in questa luce, il giudice seleziona le ragioni economiche ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego. Infatti, contrariamente a quanto postulato dall'analisi economica del diritto, non tutte le ragioni economiche sono «buone ragioni», idonee a giustificare il licenziamento. Per esempio, in Francia come in Italia e in Spagna i giudici ritengono non siano soddisfatti i requisiti del licenziamento economico in presenza di ragioni relative a un mero *risparmio di costi* (38), o una riorganizzazione volta all'incremento (e non alla sola salvaguardia) della *competitività aziendale* (39). Se in Francia il licenziamento destinato a ridurre i costi è giudicato estraneo alla lista delle ragioni ammissibili di recesso, e non costituisce, di conseguenza, un motivo economico di licenziamento, significa che il giudice, nel-

(37) Il *Code* precisa che la giustificazione può riguardare «notamment» le difficoltà economiche o i mutamenti tecnologici, onde la lista non è tassativa, altre ragioni potendo essere individuate dalla giurisprudenza.

(38) La giurisprudenza francese ha decretato l'abbandono della concezione dell'imprenditore *seul juge* con una sentenza della Cass. Soc. 2 aprile 1997, n. 94-43165, con la quale ha statuito l'illegittimità del licenziamento di un dipendente ritenuto troppo costoso, pur a fronte di una perdita aziendale documentata di 100.000 franchi; cfr. R. Dalmasso, *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*, in *Lgdj*, Parigi, 2009, pp. 339 s.

(39) Introducendo questo nuovo motivo di licenziamento, a mezza via tra la difficoltà economica e il mutamento tecnologico previsti dalla legge, la giurisprudenza ha inteso limitarne l'operatività ai soli casi di necessaria salvaguardia della competitività dell'impresa: cfr. R. Dalmasso, *op. cit.*, p. 285.

l'ambito del controllo, seleziona i fatti economici alla luce di una valutazione più o meno stringente della tipizzazione legislativa, allo stesso modo del giudice spagnolo, il quale, per ammettere la legittimità del licenziamento richiede la prova di difficoltà aziendali tanto immanenti e gravi da mettere in gioco «*el salvamento*» dell'impresa (40). Il *Tribunal Supremo* ravvisa, infatti, la difficoltà nel buon andamento dell'impresa quando siano provate perdite rilevanti e continuative, di talché con il licenziamento «*se reducen directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa*». Del pari, in Italia, il licenziamento per riorganizzazione aziendale è consentito, ma non per mero intento di incremento dei profitti, in quanto il giustificato motivo deve essere determinato «non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti» (41). Allo stesso modo, in Francia, la riorganizzazione dell'impresa deve risultare necessaria per salvaguardare la competitività dell'impresa, onde l'imprenditore è sì libero di scegliere tra più soluzioni possibili, ma a condizione che ciascuna di queste sia pertinente e adeguata rispetto al fine perseguito: dunque non costituisce un atto necessario alla «*sauvegarde de la compétitivité*» la modifica dell'orario realizzata per rispondere alle esigenze dei clienti, o la riorganizzazione per diminuire i margini salariali, o per aumentare il profitto. Pervero, a partire dal celebre caso *Sat* (2000), seguito da *Pages Jaunes* (2006), la salvaguardia della competitività è stata riconosciuta anche a fronte di una minaccia non attuale, tanto che la Corte, nella motivazione di quest'ultima sentenza, afferma che i licenziamenti erano «interventuti per prevenire delle difficoltà economiche a venire» (42). Su questa formulazione si è aperto un serrato confronto dottrinale, polarizzato tra chi riteneva ormai aperta la via per un controllo più «leggero» dei licenziamenti economici e chi sosteneva, al contrario, perseguibile un vaglio approfondito della causa economica; e in quest'ultimo senso pare essersi subito espressa la giurisprudenza, precisando che per

(40) Cfr. J.L. Goñi Sein, *El regime de los despidos economicos y del «despido expreso» tra la Ley n. 35/2010, de reforma laboral*, in *Relaciones Laborales*, 14/2011, pp. 11 ss.

(41) Cass. n. 12514/2004 e, di recente, n. 19616/2011.

(42) Cass. Soc. 11 gennaio 2006, n. 04-46201, in *Droit soc.*, 2006, p. 138, obs. J.-E. Ray.

aversi una causa seria la minaccia alla competitività deve essere oggettiva, provata e «pesare» sull'andamento competitivo dell'azienda (43).

Riemergono, in questi sincretismi giudiziari, i profili di un controllo di proporzionalità, tanto con riferimento all'adeguatezza del mezzo rispetto al fine, tanto della necessità dell'atto di recesso, che viene ad assumere i contorni di una causa grave dal punto di vista economico o tecnico-produttivo; rispetto a questa ragione il legislatore spagnolo richiede(va) espressamente il carattere razionale della decisione imprenditoriale, dovendo il datore «*acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de la mismas se deduce la razonabilidad de la decision extintiva*» (art. 51.1 *Estatuto de los Trabajadores* – di seguito *ET* – nel testo riformato dalla legge n. 35/2010). Evidentemente i sincretismi giudiziari in esame esprimono la consapevolezza che dietro l'esercizio dei poteri datoriali si agita un conflitto di valori, condensato nelle formule legislative sulle ragioni economiche, e dunque, nell'ordine del diritto, la necessità di una loro composizione, di cui il giudice è il principale e insostituibile attore (44). Con tale attività, il giudice non attua tanto un controllo di opportunità delle scelte aziendali, quanto di legalità, nell'accezione più pregnante del termine, comprensiva non solo della loro effettività e non pretestuosità, ma anche del principio di proporzionalità che giustifica il ricorso ai parametri valutativi dell'adeguatezza, delle necessità e dell'impiego del mezzo più mite e meno lesivo dell'interesse (diritto) postergato.

Questa attività di selezione giudiziaria delle ragioni economiche è potenzialmente più ampia e discrezionale laddove, come in Italia e in Spagna prima della riforma del 2010, il legislatore lascia maggiormente indeterminata la nozione di giustificato motivo, consentendo di fatto alla magistratura un'opera creativa, o quantomeno di specificazione della regola: così in Spagna, a fronte di una causa economica definita genericamente nei termini «*situation economica negativa de la empresa*» (art. 51 *ET*), i giudici hanno elaborato una serie di indici al fine di precisare che detta situazione sia «oggettiva, reale, sufficiente e attuale», che la causa allegata sia «permanente e di entità sufficiente per incidere negativamente sul risultato economico»; mentre in Francia (e in Spagna dopo la riforma del 2010) i testi normativi, definendo con maggiore pre-

(43) Cass. 21 febbraio 2007, n. 04-48795. Cfr., anche per i necessari riferimenti al dibattito dottrinale, R. Dalmasso, *op. cit.*, pp. 407 ss.

(44) Cfr. A. Lyon-Caen, *Notes sur le pouvoir de direction et son contrôle*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, 2002, p. 104.

cisione la nozione di ragione economica, circoscrivono maggiormente la libertà del giudice nell'opera di sussunzione della fattispecie. L'analisi delle cause di licenziamento per motivo economico non equivale, tuttavia, necessariamente, a un alleggerimento dell'intervento giudiziario. In Francia, la magistratura è chiamata non solo a verificare la sussistenza della causa, così come tipizzata dal legislatore, ma anche a verificarne il carattere reale (oggettivo, esistente ed esatto del motivo) e serio (cioè sufficientemente importante). In questo modo, attraverso il controllo della *cause réelle et sérieuse*, il motivo economico viene sottoposto a un vaglio ancor più penetrante, consentendo l'opera di selezione causale calibrata sul principio di proporzionalità. Sul carattere *réelle et sérieuse* della causa il controllo si biforca: da un lato, concerne la realtà materiale (così, ad esempio, non sussiste una *cause réelle* se l'imprenditore ha fatto ricorso sistematicamente a Cdd per coprire il posto del lavoratore licenziato); dall'altro riguarda la realtà dell'elemento causale, attinente alle difficoltà economiche o alla minaccia della competitività dell'impresa. Questo elemento causale viene quindi filtrato attraverso il criterio della serietà della ragione, vale a dire la sua gravità e importanza, onde, nonostante il riconoscimento della causa in termini di realtà, è possibile negare la legittimità del licenziamento per carenza in punto di serietà dello stesso. Talvolta la realtà e la serietà del motivo si confondono: così quando la Corte afferma che «né la realizzazione di una cifra di affari minore né la decrescita dei benefici realizzati nello stesso periodo sono sufficienti a caratterizzare la realtà delle difficoltà economiche allegate» (45), ove è evidente che i fatti allegati sono reali, provati ed esatti, ma le difficoltà non sono state giudicare serie, e quindi tali da rendere il licenziamento realmente necessario.

In questa luce, che enfatizza il carattere di estrema necessità dell'atto di recesso, si comprende anche la creazione per via giurisprudenziale del principio di *repêchage*, in Francia più correttamente detto di *reclassement* (anch'esso di origine pretoria ma in seguito consacrato dall'art. L. 1233-4 del *C. trav.*), che spezza il nesso di causalità puramente economica tra motivo oggettivo e licenziamento, contribuendo a connotare quest'ultimo come una *extrema ratio* (46). L'esistenza di un causa reale e seria è subordinata alla dimostrazione da parte dell'imprenditore

(45) Cass. 10 luglio 1999; vedi, per altre esemplificazioni, E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du Travail*, Dalloz, 2012, p. 413.

(46) Riconduce il *repêchage* al principio di proporzionalità L. Nogler, *Prime considerazioni sulle «clausole generali»*, cit., p. 931.

dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore licenziato, in Francia anche al di fuori del perimetro aziendale (gruppo) e nazionale (estero).

3. — *Le tendenze recenti: evitamento del controllo giudiziario e monetizzazione del recesso* — Progressivamente, sotto la spinta dell'imperativo economico della flessibilità e delle critiche di vario ordine (pragmatico, dogmatico e sociale) nei confronti dell'ufficio del giudice, il controllo giudiziario è stato fatto oggetto di una strategia di «evitamento», diretto o, più spesso indiretto, in tutti gli ordinamenti considerati, mediante tecniche diverse. Una di queste può essere definita di «decausalizzazione» del recesso, talora con effetti molto gravi in termini di scollamento tra il dato formale e la realtà regolata: tipico il caso spagnolo che ha visto l'impiego surrettizio, da parte del datore, del licenziamento disciplinare *in vece* del licenziamento economico per beneficiare di una via rapida di estinzione del rapporto, grazie all'introduzione (a opera della legge n. 45/2002) del *despido expés* (art. 56.2 ET), poi esteso con la riforma del 2010 che ne ha incrementato l'impiego con riferimento alle cause oggettive. Questo istituto, configurabile nei termini di un «*despido libre o desistimiento unilateral indemnizado*», applicabile al licenziamento disciplinare, consente all'imprenditore di evitare il contenzioso (e quindi il controllo giudiziario) indennizzando il lavoratore illegittimamente licenziato, seppure a un costo più elevato di quanto previsto in caso di licenziamento economico (47). In Francia, altri strumenti di evitamento del controllo giudiziale sono stati mobilitati per consentire all'impresa di sciogliere il vincolo contrattuale senza ricorrere al licenziamento per motivo economico. Con la legge di «modernizzazione» del mercato del lavoro (25 giugno 2008) è stato introdotto un nuovo istituto, la *rupture conventionnelle*: una sorta di scioglimento del rapporto per mutuo consenso grazie al quale il prestatore riceve un'indennità corrispondente, come minimo, all'indennità prevista dalla legge in caso di licenziamento (art. L. 1237-13 C. trav.), potendo altresì fruire dell'indennità di disoccupazione. Le parti sociali, che hanno per prime ideato il meccanismo della *rupture conventionnelle* con l'Accordo interprofessionale dell'11 gennaio 2008, ne hanno significativamente sottolineato la funzione di «securizzazione», quale mezzo per «*sécuriser les conditions dans lesquelles*

(47) Cfr. A. Desdentado Bonete, A. De La Puebla Pinilla, *La reforma del despido en la Ley 35/2010*, in I. Garcia-Perrote Escalin e J. Mercader Uguina (diretto da), *La reforma del mercado del trabajo. Ley n. 35/2010 de 17 septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 68.

l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie; ove la «securizzazione» riguarda, soprattutto, la sottrazione del prodotto della contrattualizzazione del recesso al controllo giudiziario (48). La *rupture conventionnelle*, non applicabile in caso di licenziamenti collettivi che richiedono la predisposizione di un piano di salvaguardia dell'occupazione (art. L. 1237-16 *C. trav.*), consente – unica fra tutte le modalità di scioglimento consensuale del contratto di lavoro – la non applicazione della disciplina sul licenziamento per motivo economico, con buona pace dell'orientamento giurisprudenziale che, da molti anni, riteneva invece applicabili dette regole ogni qualvolta la rottura del vincolo intervenisse per un motivo economico. Di conseguenza, gli imprenditori utilizzano questo strumento come «sostituto funzionale» del licenziamento, evitando ogni controllo giudiziario sui motivi del recesso. L'istituto, facilmente strumentalizzabile con intenti fraudolenti (49), è stato oggetto dapprima di una circolare ministeriale che ne indagava i possibili effetti in termini di *detournement des règles du licenciement pour motif économique* (Dgt n. 2008-11), e in seguito di una pronuncia della Cassazione del 9 marzo 2011 con cui la *Chambre social* impone di contabilizzare le *ruptures conventionnelles* al fine di determinare la soglia richiesta dalla legge per attivare la procedura di licenziamento per motivi economici. Resta comunque controversa, nonostante la chiara indicazione della legge in senso contrario (alinea 2, art. L. 1233-3 *C. trav.*), la questione se sia possibile l'integrazione della *rupture conventionnelle* nell'ambito della procedura di licenziamento per motivo economico (50), nonché se possa darsi corso agli effetti demolitori della nullità della *rupture* (con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione) in caso di impiego abusivo o fraudolento dell'istituto (51).

In Italia, strategie di evitamento del controllo giudiziario sull'esercizio dei poteri datoriali sono state messe in campo con una normativa di carattere generale rivolta allo stesso *officium* del giudice. L'art. 30 del

(48) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse de doctorat Mention droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2009, p. 515.

(49) Cfr. A. Fabre, *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique: possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi?*, in *Rev. droit trav.*, 2010, pp. 369 ss.

(50) Cfr. J.M. Béraud, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, in *Rev. droit trav.*, 2011, pp. 226 ss.

(51) Cfr. G. Couturier, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée?*, in *Rev. droit trav.*, 2009, p. 205.

Collegato lavoro (legge n. 183/2010) stabilisce infatti che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge [...] contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di [...] recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». Recependo e reiterando la criticabile distinzione tra controllo di merito e legittimità, il legislatore, appellandosi a imprecisati «principi generali dell'ordinamento», ha chiaramente inteso richiamare il giudice al rispetto di limiti «interni» al proprio ufficio, andando ben al di là – nonostante le apparenze – del *self-restraint* di solito affermato dalla stessa giurisprudenza (52). Si tratta di un tentativo legislativo, probabilmente destinato all'insuccesso, di orientare il giudice verso una visione assai modesta del controllo di legittimità, che dovrebbe essere limitato alla verifica di due elementi: da un lato, la sussistenza materiale della causa (qualunque essa sia), onde prevale la valutazione della causa/ragione/motivo economico sulla circostanza che si tratti di una causa giusta o di un motivo *giustificato*); dall'altro, la verifica del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Ritorniamo quindi a una concezione ristretta della natura e della funzione del sindacato giudiziario, che non deve investire le motivazioni dell'atto di esercizio del potere imprenditoriale. Di fatto, il disposto censura l'atteggiamento selettivo della giurisprudenza che, in materia di giustificato motivo oggettivo, richiede una «seria ragione di utile gestione dell'impresa» o «un'effettiva necessità di riduzione dei costi» e non una finalità di mero accrescimento del profitto, onde il licenziamento viene vagliato alla luce di una reale necessità organizzativa. È evidente, infatti, che in questi casi il giudice, nell'interpretare la norma elastica, opera un'integrazione/specificazione del suo contenuto, trasformando la logica puramente individualistico-mercantile dell'*homo oeconomicus* in una funzionale alle esigenze dell'organizzazione (mettendo quindi in evidenza limiti interni) e maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali del lavoratore.

(52) Cfr. E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 866; *contra*, A. Vallebona, *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, *Il Collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1, per il quale «la disposizione non è innovativa, ma recepisce l'orientamento generalmente seguito dalla giurisprudenza».

La norma pone una serie di questioni, che non possono essere affrontate in questa sede, relative sia all'opportunità e utilità di un simile disposto, sia alla sua legittimità costituzionale, che non sono state ancora approfondite e attentamente vagliate (53).

Sul piano della disciplina sostanziale sul licenziamento, vale rilevare l'attivismo del legislatore attraverso la norma di cui all'art. 8 della legge n. 148/2011, che abilita la contrattazione collettiva aziendale (cd. di prossimità) a intervenire in funzione derogatoria (anche) sulla disciplina del recesso (specificamente sulle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro»), bypassando il controllo giudiziario (54). Con questa previsione, tuttavia, il legislatore apre, forse inconsapevolmente, un ampio fronte di controllo giudiziario, non già sulle ragioni del licenziamento ma sulla razionalità (*id est* coerenza rispetto al fine) della contrattazione di prossimità funzionalizzata (55), su cui è opportuno fin d'ora richiamare l'attenzione della stessa magistratura. Ma la via maestra, seguita dal legislatore, punta alla riforma dell'art. 18 Stat. lav., contemplata nel d.d.l. Monti-Fornero, che riguarda tanto il fronte del controllo quanto quello dei rimedi nei confronti del licenziamento illegittimo. La riforma, aprendo una breccia al principio della stabilità reale del posto di lavoro, abilita il giudice, in caso di licenziamento economico, a *scegliere* tra la reintegrazione e l'indennizzo. Nei primissimi commenti (56), la novità è stata vista con preoccupazione, in quanto il legislatore avrebbe utilizzato concetti vaghi e oscuri, paventandosi un ruolo del giudice ancora più ampio e un esito del giudizio ancora più incerto di oggi. In realtà, le cose stanno diversamente. Certo, non ha prevalso la logica della predeterminazione del costo del licenziamento, presente, ad esempio, nella originaria proposta sul contratto unico (nella versione Ichino); questa ipotesi, finalizzata alla completa «sterilizzazione» dell'ufficio del giudice, non è stata accolta, e il licenziamento per motivo economico continuerà a essere un atto ap-

(53) A eccezione del saggio di G. Ferraro, *op. cit.*, p. 15, e di L. Nogler, *op. ult. cit.*

(54) Esprime dubbi sull'applicabilità dell'art. 8 alla reintegrazione disciplinata dall'art. 18 Stat. lav. A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011*, n. 138, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 21.

(55) Per questo profilo rinvio ad A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 132/2011; *contra*, R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57.

(56) V., ad esempio, G. Falasca e M. Prioschi, in *Il Sole 24 Ore*, 10 aprile 2012.

prezzabile, nelle sue ragioni, da parte del giudice, così come accade in tutti i paesi europei (anche la recente riforma del mercato del lavoro spagnola non ha accolto la proposta del contratto unico). L'innovazione non riguarda quindi il *controllo del giudice*, e la sua latitudine, che rimarrà tale, quanto i *rimedi* su cui il prestatore potrà fare affidamento. Il giudice potrà scegliere tra reintegrare il lavoratore o disporre un indennizzo. Ma in questa scelta la sua discrezionalità non sarà così ampia come può sembrare a prima vista; né il legislatore ha usato a tal fine espressioni oscure. La distinzione presuppone semplicemente un distinguo tra il concetto di licenziamento invalido perché il giustificato motivo *non sussiste*, in quanto – come si esprime il legislatore della riforma – «non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo», e il licenziamento invalido per «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» (art. 14 del d.d.l. del Governo). Orbene, il primo caso si avrà quando la motivazione del licenziamento riguarda una ragione economica in sé esistente, ma non integrante, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo: ad esempio, nel caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione di costi, o per incremento del profitto; fattispecie che, come abbiamo visto, la giurisprudenza comunemente ritiene non rientranti nella nozione di ragione legittimante il recesso. In tale evenienza non sussiste il giustificato motivo, pur sussistendo un motivo economico (la riduzione dei costi o l'incremento del profitto non sono fittizi): la conseguenza sarà l'indennizzo del lavoratore (da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità). Diverso il caso della «manifesta insussistenza», ove è lo stesso fatto produttivo-organizzativo posto a base del licenziamento che in realtà non sussiste: ad esempio, viene disposto un licenziamento per soppressione della funzione, ma in realtà tale funzione è mantenuta in ambito aziendale; o per una riorganizzazione aziendale, ma in assenza di una vera e propria difficoltà economica cui far fronte. Qui non solo non sussiste il giustificato motivo oggettivo, ma neppure è apprezzabile la ragione economica in sé considerata (manca la soppressione della funzione; manca la difficoltà aziendale): è evidente che la conseguenza dovrà essere più onerosa per l'impresa, che per giustificare il recesso ha proposto una falsa rappresentazione della realtà. Il rimedio potrà (ma si legge *dovrà*) essere la reintegrazione del lavoratore. Questa interpretazione trova un parallelo nel modello francese, ove la giurisprudenza, come abbiamo visto, distingue tra inesistenza del motivo economico e deficit di serietà dello stesso, sancendo quest'ultima fattispecie con la nullità/inesistenza dell'atto. In sostanza, facendo un buon uso dei

principi generali e della ormai consolidata giurisprudenza sul licenziamento per motivo economico, la riforma – pur registrando un innegabile regresso nella tutela del prestatore – potrebbe entrare a regime su binari ben saldi e conosciuti.

L'ordinamento che ha conosciuto il più penetrante intervento legislativo sul controllo giudiziario del licenziamento economico è senz'altro la Spagna, con le due riforme intervenute nel 2010 e nel 2012.

La riforma del lavoro del 2010 ridefinisce la nozione di causa economica di licenziamento, facendo probabilmente uscire di scena il principio del licenziamento come *ultima ratio*, intimabile, secondo gli orientamenti della giurisprudenza spagnola, solo nei casi estremi ove è in gioco la sopravvivenza dell'impresa.

Con riferimento alle *cause economiche*, queste giustificano il licenziamento se permettono di «preservare o favorire la posizione competitiva dell'impresa sul mercato»; mentre le *cause tecniche, organizzative o produttive* giustificano il licenziamento quando prevengono «una evoluzione negativa dell'impresa o per migliorare la sua situazione grazie a una migliore organizzazione delle sue risorse, che favorisce la sua competitività sul mercato e una migliore risposta alle esigenze della domanda». Qui il punto da sottolineare è, da un lato, la piena legittimità del licenziamento che *favorisca* e non solo preservi la competitività dell'impresa (come invece richiesto in Francia), e, dall'altro, il carattere *preventivo* del licenziamento, che assume i connotati di un normale strumento di gestione dell'impresa (diversamente dall'Italia, che con riferimento all'ipotesi della riorganizzazione aziendale richiede una reale – cioè attuale – difficoltà non contingente, cui l'impresa è chiamata a far fronte, che *imponga* la riduzione del personale). Il legislatore ha inteso inoltre limitare direttamente il potere del giudice, stabilendo che la ragionevolezza del licenziamento deve rivestire un carattere «minimo» (art. 51.6 ET). Sin qui, tuttavia, il giudice continua a valutare il carattere *ragionevole* del licenziamento, benché preventivo, onde, se da un lato possiamo osservare un notevole ampliamento dei confini della fattispecie, dall'altro non viene tuttavia completamente revocato in causa il controllo giudiziale sulla razionalità del comportamento dell'*homo oeconomicus*.

La riforma del 2012 batte in breccia proprio questa attitudine del controllo giudiziario. Con la riformulazione della nozione di causa economica, viene espressamente abolito il controllo di razionalità (nel senso che la l'imprenditore non è più tenuto a «*justificar la razonabilidad de la decision extintiva para preservar o favorecer su posicion competitiva en el mercado*»). La reazione a una giurisprudenza considerata fonte di instabilità

e incertezza non poteva essere più netta. Inoltre, il legislatore dispone che la causa economica, qualificata ora come situazione economica negativa, come l'esistenza di perdite attuali o previste, o la persistente diminuzione del reddito o delle vendite, deve intendersi «*en todo caso*» avvertata laddove detta diminuzione *si sia verificata durante tre trimestri consecutivi*. Con questo stringente riferimento temporale il nuovo licenziamento per motivi oggettivi offre una maggiore flessibilità e, soprattutto, certezza per il datore di lavoro, che potrà limitarsi a provare una perdita nell'ambito dei tre trimestri consecutivi per poter licenziare per motivo economico corrispondendo al lavoratore un indennizzo prefissato in 20 giorni del salario per anno di anzianità con un tetto massimo di 12 mensilità.

Di fronte al nuovo approccio del legislatore ci si può chiedere se il giudice, allorquando verifichi la persistente diminuzione del reddito o delle vendite per nove mesi consecutivi, debba *necessariamente* valutare sussistente la causa economica, ovvero possa valutare, caso per caso, se la perdita persistente abbia un impatto modesto o addirittura insignificante in proporzione alla quantità del fatturato aziendale. Si faccia l'esempio di una società che fattura 10 milioni di euro all'anno: potrebbe giustificare il licenziamento per causa economica, secondo la nuova formulazione dell'art. 51.1 *ET*, allegando e provando una diminuzione di reddito o di vendita di soli 100 euro nell'arco di tre trimestri consecutivi?

Sarebbe in questo caso il giudice costretto a convalidare l'estinzione del contratto? Chiaramente questa è l'intenzione del legislatore; tuttavia, tale soluzione deve fare i conti con il principio di carattere generale che impone al giudice di valutare in ogni caso la *proporzionalità degli interessi in gioco*.

4. — *Verso una nuova tirannia dei valori economici* — L'analisi sin qui condotta ha consentito di verificare la sussistenza di importanti sincretismi metodologici nell'attività di interpretazione giudiziale delle ragioni economiche di licenziamento in tutti i paesi considerati. La magistratura non si limita a una verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto secondo una lettura meccanicistica del testo di legge, come se il giudice fosse null'altro che la «*bouche de la loi*», bensì sulla base di un approfondito vaglio degli standard socialtipici di comportamento imprenditoriale, in ragione della adeguatezza causale (la razionalità strumentale dell'atto), e dei valori dell'ordinamento (la razionalità assiologica dell'atto). Da questa valutazione qualitativa dello spazio

normativo e delle sue componenti, il diritto del lavoro trae le conseguenze in ordine alla «sostenibilità sociale» dell'efficienza dell'impresa capitalistica e del suo comportamento sul mercato del lavoro. Se, da un lato, il controllo giudiziale alla luce dei principi di razionalità e proporzionalità consente di penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri assiologici plurali (espressi da standard, da criteri di «normalità» sociale, da diritti fondamentali), dall'altro, apre un problema di sicurezza giuridica nella misura in cui rinuncia alla tirannia dei valori economici e all'idea di pre-calcolabilità come unica forma di comprensione del mondo, che riduce l'uomo, in tutte le sue attività, ad animale condizionato da un comportamento prevedibile (57). Infatti, benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle «grandezze» economiche e organizzative, introducendo variabili o «grandezze civiche» che spiazzano l'utilitarismo individualista e introducono l'incertezza valutativa (58).

Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neoliberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare a una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto a un sistema di prezzi.

Questo processo di cambiamento, che investe in particolare le modalità del controllo giudiziario e (soprattutto nel nostro ordinamento) la sfera dei rimedi al licenziamento illegittimo, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione *tecnica* del diritto e delle sue applicazioni o metodologie, ma va svelato nei suoi aspetti più profondi e antropologicamente inquietanti. La «quantificazione del diritto» del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell'ambito dell'emersione di un mercato totale (59), in cui l'economia, che in origine apparteneva all'ordinamento privato (*l'oïkos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile. Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità for-

(57) H. Arendt, *The human condition*, trad. it., *Vita activa*, Bompiani, Milano, 1966.

(58) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 24 ottobre 2009.

(59) L'espressione «mercato totale» è usata, ad esempio, da A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010.

male dei diritti sociali (*l'entitlement*), sia, soprattutto, l'effettività del loro godimento (*l'endowment*). Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti, volte a evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, sono una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del «funzionamento» del mercato. Il modello quantitativo segue la logica «chi inquina paga», e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di *flexicurity*) il costo delle esternalità negative prodotte dall'impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego (60). L'effetto è quello di una sostanziale *deregulation*, funzionale alla potenza dei mercati globali. Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano i tentativi di depotenziare l'ambito della valutazione giudiziale in merito all'esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l'attenzione del nostro legislatore (cfr. art. 30, comma 1, legge n. 183/2010) (61). Questo modello, che esprime la razionalità microeconomico-utilitaristica tipica dell'*homo oeconomicus*, generalizza la formalizzazione matematica dei rapporti umani misurabili in termini di flussi e di *stock*, ossia una scienza quantificata del comportamento umano modellato dalla forma monetaria dello scambio (62). Si tratta, naturalmente, di un modello globale. Come ha scritto un filosofo francese, questo paradigma conduce a rappresentare l'economia non più come infrastruttura, nella misura in cui non esiste più economia ma «ecotecnia», strutturazione del mondo come spazio reticolare dell'organizzazione capitalistica, mondialista e monopolista (63).

La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri

(60) Questo modello nasce in Francia, con il famoso rapporto di due economisti al ministero dell'Economia: cfr. P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004.

Vedi, in Italia, il *Disegno di legge per la transizione a un regime di flexicurity* n. 1481, primo firmatario P. Ichino, del 25 marzo 2009.

(61) Su cui cfr. G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinnelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3 ss.

(62) Cfr. C. Laval, *L'homme économique*, Gallimard, Paris, 2007, p. 335.

(63) J.-L. Nancy, *Le Sens du monde*, Galilée, Paris, 1993, p. 127.

economici. In altri termini, la riduzione del diritto a un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legislazione del lavoro non come costo, bensì quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili (64).

Il controllo giudiziario, alla luce di un'interpretazione non riduttiva dei parametri legali di legittimità del licenziamento economico, esprime un *valore riconosciuto dal sistema giuridico* che entra in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro) (65), senza per questo perdere il contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento. Ma proprio per questo, la prospettiva della riduzione del controllo a mera tecnica «quantitativa» (se non quella della sua sostituzione con meccanismo di filtraggio monetario) potrebbe al fine risultare vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia del diritto del lavoro.

(64) Cfr. A. Lyon-Caen, J. Affichard, in A. Lyon-Caen, A. Perulli, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010.

(65) Cfr. J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in B. Teyssié, *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, Paris, 2011, p. 203.

Mirko Altimari (*)

SOLIDARIETÀ E CORRISPETTIVITÀ NELL'OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA DI MALATTIA (**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La legge n. 138/1943. — 3. Dall'Inam all'Inps: un mutamento di prassi. — 4. La giurisprudenza di legittimità sull'esonero del contributo di malattia. — 5. La sentenza delle Sezioni Unite del 2003 e la prevalenza del principio di solidarietà. — 6. Il ruolo della Consulta. — 7. Una norma interpretativa... a 65 anni di distanza. 8. La giurisprudenza successiva alla norma interpretativa. — 9. Il Ccnl terziario (separato) del 2011: fuga dall'Inps? — 10. Manovra estiva 2011: la retromarcia del governo. — 11. Osservazioni conclusive: un nuovo *welfare*.

1. — *Introduzione* — È all'interno del perimetro concettuale delimitato dal binomio solidarietà/corrispettività che – con accenti e declinazioni differenti a seconda delle diverse sensibilità politiche prima ancora che giuridiche – ruota l'intera vicenda di quello che è l'ordinamento *lato sensu* previdenziale (1).

(*) Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e Relazioni industriali nell'Università Cattolica di Milano.

(**) Questo contributo vuole essere un piccolo ma sentito omaggio alla memoria di Davide Marchini, collega di dottorato prematuramente strappato all'affetto dei Suoi cari.

(1) Vista la tematica affrontata si rimanda necessariamente a opere di ampio respiro; *ex multis*, cfr. P. Rescigno, *Libertà dal bisogno ed esperienze del diritto*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, pp. 7 ss.; P. Olivelli, *Costituzione e sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1988; R. Pessi (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Esi, Roma, 1990; L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 1 ss., ora in Idem, *Il contratto di lavoro* (a cura di Mario Napoli), Vita e Pensiero, Milano, 2008; T. Treu, *Lineamenti per una riforma dello Stato sociale*, in *q. Riv.*, n. 1, 1997, pp. 3 ss.; G. Ciocca, *La libertà della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1998; C. Lagala, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001; T. Treu, *Le politiche del welfare. le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, n. 1, 2004, pp. 1 ss.; S. Sciarra, *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, Bologna, 2007; F. Fonzo, A. Pandolfo, A. Sgroi (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2008. M. Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza*

L'ambiguità di fondo che informa l'intero sistema deriva dalla genesi degli istituti giuridici previdenziali, alcuni dei quali sono stati concepiti durante quel periodo che gli storici definiscono l'Italia liberale (2), e una gran parte durante l'ordinamento corporativo, cosicché «al momento della loro istituzione, per effetto delle concezioni che caratterizzavano quell'ordinamento, tali forme costituivano espressione di una solidarietà limitata ai datori di lavoro e ai lavoratori» (3) e – sostanzialmente – il modello utilizzato nella loro attuazione era analogo a quello delle assicurazioni private.

Tale concezione venne radicalmente messa in discussione con l'avvento della Carta costituzionale che considera la tutela previdenziale quale espressione di una solidarietà (4) estesa, e la cui realizzazione cor-

sociale, Cedam, Padova, 2010; A. Sgroi (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Giappichelli, Torino, 2010.

Si vedano altresì i manuali T. Tranquillo, V. Ferrante, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, II ed., 2006; R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2008, VI ed.; F. Mazziotti, *Diritto della previdenza sociale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008; M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, IX ed.; M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2011, XVIII ed.

(2) Per una puntuale descrizione del clima sociale, politico e culturale dell'Italia a cavallo dei secoli XIX e XX, cfr. L. Villari, *Notturmo italiano. L'esordio inquieto del Novecento*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2011, il quale scrive «il passaggio di secolo aveva segnato infatti una incerta evoluzione borghese degli italiani avvicinandoli ai paesi del Nord e del Centro Europa dove maturavano istituti e forme di libertà civili e politiche ed embrioni di democrazia sociale» (p. V).

(3) M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 3. Tale concezione riduttiva della solidarietà limitata alla sola categoria di appartenenza è stata a lungo presente nella giurisprudenza, anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione.

(4) Una trattazione appena soddisfacente del principio di solidarietà meriterebbe lo spazio di una monografia più che qualche riga all'interno di un contributo, quale il presente; però qualche linea guida riteniamo sia il caso si renderla manifesta, a mo' di appunti, e senza alcuna pretesa di esaustività. Innanzitutto: a cosa ci riferiamo quando utilizziamo il termine «principio di solidarietà»? Senz'altro un ottimo punto di partenza è la seguente definizione: «in termini filosofico-giuridici è un principio che recupera, stabilizzandolo all'interno del diritto positivo, un punto di vista etico che la concezione individualista dei diritti umani aveva smarrito e che è compito del legislatore svolgere in specifici doveri giuridici» (L. Mengoni, *op. cit.*, p. 140).

È fondamentale evidenziare questa positivizzazione del principio di solidarietà, il quale non rileva dunque quale generica benevolenza tra individui, e come tale relegata alla sfera morale; a ragione è stato pertanto sottolineato che «la Costitu-

risponde alla soddisfazione di un interesse generale, e come tale non più limitato nell'angustia dello schema mutualistico – figlio delle prime espe-

zione italiana contiene una trama di riferimenti che, al di là dell'uso esplicito del termine nell'art. 2, esclude la possibilità di prescindere dai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (S. Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 122). Acuta la riflessione di questo Autore quando afferma che con la costituzionalizzazione «si può scorgere un'intuizione precoce della necessità di recuperare l'elemento negletto della triade rivoluzionaria: *liberté, égalité, fraternité*» (*Ibidem*), vale a dire la fraternità, che stentava a elevarsi da (mero) obbligo morale.

Con precipuo riferimento all'ordinamento giuslavoristico e previdenziale, analizzando lo sviluppo – incessante – che ha avuto in un arco di tempo relativamente breve per la storia millenaria del diritto e di cui – in estrema sintesi – il principio di solidarietà, sebbene diversamente inteso nei diversi ordinamenti succedutisi, ha rappresentato una delle ragioni stesse della disciplina, «si può dire che le poche gocce di olio sociale, che Bismarck proponeva di instillare nella macchina legislativa per garantire la pace sociale, si rivelano alla lunga esplosive e non invece conservative dei modelli che avrebbe dovuto solo lubrificare» (C. Castronovo, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, in *Jus*, n. 3, 1985, p. 440).

È alla luce di questo dato che, andando anche oltre le pregnanti riflessioni sopra riportate e a cui convintamente si aderisce, si può ritenere, concettualmente, che la solidarietà non sia soltanto un principio che temperi (o lubrifichi, per usare la calzante immagine *ut supra*) l'individualismo liberale e gli ordinamenti che da esso scaturiscono ma si ponga, di fatto, quale pre-condizione stessa al vivere insieme dei consociati, in quelli che – in senso il più ampio possibile – definiamo Stati sociali.

Ciò premesso in estrema sintesi, si impongono altre due brevi riflessioni di carattere generale ma che ben si attagliano al caso concreto che andremo a esaminare: (i) è evidente che pur in mancanza di un esplicito limite all'esplicarsi dei diritti sociali, l'evoluzione della costituzione materiale ha fatto sì che la riserva «del ragionevole e del possibile» (clausola generale prevista dall'art. 20, comma 1, della Costituzione tedesca del 1949), sia stata recepita dal giudice delle leggi quale «criterio di bilanciamento dei diritti sociali con gli altri valori costituzionali primari e con le esigenze di bilancio» (L. Mengoni, *op. cit.*, p. 134; cfr. anche F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 71 ss.). V., sebbene l'argomento siano le malattie professionali, Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 17, in *q. Riv.*, n. 4, 1995, pp. 763 ss., con nota di A. Santoro: «è rimessa alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali, sulla base di un razionale contemperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti e nei limiti delle compatibilità finanziarie»;

(ii) anche alla luce di quello che vedremo essere, nel caso nella contribuzione di malattia, il tormentato rapporto tra legislatore e giurisprudenza, torna attuale la lucida lettura di chi, P. Calamandrei su tutti, avvertiva delle conseguenze che sarebbero scaturite dalla costituzionalizzazione di un catalogo organico e molto

rienze sociali di fine Ottocento prima – né di quello corporativo, del periodo fascista (5).

Ovviamente non può essere questa la sede per una disamina dell'art. 38 della Costituzione e delle differenti interpretazioni elaborate dalla dottrina al riguardo; nell'economia del presente contributo si ritiene sia sufficiente ricordare come proprio la formulazione di tale articolo, senz'altro ambigua, al di là del giudizio e dell'opzione di politica del diritto alla quale si aderisce, ha fatto sì «che anche nella dottrina giuridica post-costituzionale si riproponesse la tensione culturale, prima ancora che giuridica, tra il principio della sicurezza sociale generale e l'ideale di libertà dello Stato di diritto» (6).

L'atteggiarsi concreto di tale tensione dimostra i suoi risvolti eminentemente problematici con particolare riferimento all'istituto che in questa sede si vuole tratteggiare, vale a dire il tema dell'indennità di malattia e della relativa obbligazione contributiva, il quale può assurgere ad esempio paradigmatico dell'evolversi della disciplina previdenziale, avendo *in nuce* tutti quegli elementi che abbiamo attribuito, più in generale, all'intera materia: istituto sorto durante l'ordinamento corporativo, con l'avvento della Repubblica non ha visto stravolte le proprie basi legislative e pertanto attende, ancora oggi, una quanto mai auspicabile riforma organica.

Ma, per evidenziare la complessità della tematica meglio di tante premesse, può bastare un mero dato numerico: 65 sono gli anni ri-

dettagliato di diritti sociali, quale è la nostra Carta fondamentale: in sostanza, la concreta attuazione dello Stato sociale – per la quale è fondamentale confrontarsi con le risorse economiche disponibili – da questione di valutazione di ordine politico-legislativo a questione di interpretazione giurisprudenziale.

Esemplare anche in questo senso è la supplenza della giurisprudenza in tema di indennità di malattia, di cui si darà conto.

Se a ciò aggiungiamo lo stato dell'arte della legislazione italiana, e più precipuamente, per ciò che qui maggiormente rileva, della legislazione di carattere lavoristico e previdenziale, comprendiamo come da questa congerie di norme, che – nel caso della contribuzione di malattia – costringono a una vera e propria ricerca di archeologia giuridica, non può non determinarsi un incessante contenzioso.

(5) Per una breve ricognizione dei due periodi storici v. almeno A. Cherubini, *Introduzione storica alle assicurazioni sociali in Italia*, in *Riv. inf. mal. prof.*, n. 1, 1972, pp. 70 ss.; G. Ciocca, *L'evoluzione della previdenza e dell'assistenza (dalle origini al 1948)*, *ivi*, n. 4/5, 1998, pp. 449 ss.; G.G. Balandi, *Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni trenta. Note di ricerca*, in *q. Riv.*, n. 6, 1981, pp. 3 ss.

(6) L. Gaeta, A. Viscomi, *L'Italia e lo Stato sociale*, in G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 258.

compresi tra la promulgazione della legge 11 gennaio 1943, n. 138, e la disposizione contenuta nel d.l. n. 112/2008 poi convertito con legge n. 133/2008, che della prima costituisce interpretazione autentica: probabilmente un vero primato.

Certamente non è tra gli argomenti più *in auge* della disciplina lavoristica, ma l'indennità di malattia riveste una grande importanza, come si accennava, perché reca in sé numerose questioni aperte, con riferimento ai profili di carattere politico-giuridici nonché a quelli più prettamente civilistici.

Nel prosieguo approfondiremo l'istituto a partire dalla succitata legge n. 143/1943; si vedrà come la giurisprudenza – anche di legittimità – abbia avallato una interpretazione tesa a valorizzare il più possibile il principio di solidarietà, e come il legislatore, nel 2008, abbia invece voluto rappresentare una netta cesura rispetto a tale orientamento.

Analizzeremo quali possono essere gli sviluppi anche alla luce della recente previsione del Ccnl separato del terziario dell'aprile 2011, che nelle intenzioni delle parti firmatarie vorrebbe valorizzare il dato legislativo, determinando – in sostanza – una fuoriuscita delle imprese dal sistema Inps, con riferimento alla contribuzione di malattia.

E infine daremo conto dell'ulteriore dietro-front del legislatore, intervenuto proprio mentre questo scritto era in fase di redazione, contenuto nelle pieghe della (prima) manovra estiva 2011.

2. — *La legge n. 138/1943* — Oggetto del contendere è dunque una norma risalente al periodo corporativo – tale dato oltre che da un punto di vista storico ha una certa rilevanza, con riferimento all'ambito di efficacia del contratto stesso, come proveremo a spiegare in seguito –: il legislatore, con la legge 11 gennaio 1943, n. 138, detta quella che, a tutt'oggi, costituisce una delle disposizioni principali in materia di assicurazione obbligatoria di malattia.

Tale regolamentazione, a dire il vero, non è particolarmente estesa e sconta un deficit strutturale: «una chiave di lettura di particolare interesse deriva dal suo carattere di compromesso» (7) tra la volontà di accentramento statale dell'assicurazione generale di malattia, da un lato, e le preesistenti e multiformi strutture proprie del mutualismo categoriale, dall'altro.

Il provvedimento normativo in questione rappresenta il tentativo del legislatore di riunire (non la totalità, ma comunque) gran parte delle

(7) A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1991, p. 86.

casce previgenti in un unico istituto il quale, a partire dal 1947, assumerà la denominazione di Istituto nazionale per l'assicurazione contro le malattie (da qui in avanti Inam), ma a dispetto di tale volontà di unificante, rimasero in vigore discipline differenziate per ogni categoria, «con evidenti conseguenze di frammentarietà, se non di vero e proprio caos normativo» (8).

Come è stato osservato nonostante la successiva caduta dell'ordinamento corporativo e le previsioni contenute negli artt. 32 e 38 Cost., in realtà in un «quadro generale di ritardo del legislatore nel dare seguito alle previsioni costituzionali, anche per quanto riguarda la malattia si registra più continuità che innovazione rispetto al precedente ordinamento» (9).

Non è un caso che per avere una piena attuazione del diritto alla salute sancito dalla Costituzione si sia dovuto aspettare un trentennio: è con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, che viene istituito il Servizio sanitario nazionale, con il quale si pone in essere finalmente lo «scorporo delle prestazioni economiche da quelle sanitarie, ponendo fine a quella commistione sancita dal sistema mutualistico» (10).

Ritornando alla legge del 1943, in questa sede si concentrerà l'attenzione in special modo sull'art. 6, comma 2, secondo cui «l'indennità [di malattia, *n.d.a.*] non è dovuta (dall'istituto assicuratore) quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro o da altri enti in misura pari o superiore a quella fissata dai contratti collettivi ai sensi del presente articolo».

3. — *Dall'Inam all'Inps: un mutamento di prassi* — Tralasciando il riferimento dell'ultimo periodo circa il *quantum* dell'indennità, il punto da

(8) R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro malattia nel rapporto di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario, Art. 2110-2111*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 482.

(9) A. Pandolfo, voce *Malattia nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto. disc. priv. Sez. comm.*, IX, Utet, Torino, 1993, p. 200. Significativo, su questo atteggiamento, tendente quasi a fare a meno del dato della Carta costituzionale in tema di malattia, è niente meno che il padre del diritto del lavoro, citato dal medesimo Autore, L. Barassi, *Previdenza sociale e lavoro subordinato*, Milano, 1954, pp. 380 ss.

(10) G. Dondi, *L'indennità di malattia dopo la riforma sanitaria*, Cedam, Padova, 1981, p. 27. Molto efficace l'espressione di M. Persiani, secondo il quale con la legge n. 833/1978 «si è passati dall'assicurazione di malattia alla tutela della salute», M. Persiani, *Note sulla riforma sanitaria*, in *Sicurezza Sociale*, n. 1, 1979, p. 7.

cui partire è pertanto l'esonero per l'istituto di erogare l'indennità quando la stessa venga erogata direttamente dal datore di lavoro.

La norma nulla dice in ordine alla esistenza o meno, nella fattispecie descritta, del debito contributivo del datore di lavoro nei confronti dell'ente: dunque, in questi casi, l'interrogativo che ci si pone è se, fermo restando l'esonero da parte dell'istituto all'erogazione dell'indennità, il datore sia ugualmente obbligato al versamento del contributo di malattia, sebbene corrisponda già l'indennità ai propri lavoratori.

Emerge chiaramente come – calato nell'attualità e nella concretezza del caso concreto – risuoni in realtà, in questa domanda, l'eco che accompagna l'intera disciplina previdenziale: il dualismo tra una logica più prettamente assicurativo-mutualistica e una visione in cui maggiore spazio ha il principio di solidarietà.

Bisogna evidenziare come tale dubbio non si sia minimamente posto almeno fino alla soppressione dell'Inam; con il d.l. n. 663/1979, convertito nella legge n. 33/1980, viene accentrata in capo all'Inps la funzione di ente gestore delle prestazioni di malattia e di quelle di maternità. La norma però si limita a regolare il trasferimento delle competenze, senza apportare alcuna significativa modifica al sistema vigente, che continuava pertanto a essere quello delineato dal legislatore nel 1943.

Per circa quattro decenni, dunque, *nulla quaestio* in ordine alla contribuzione di malattia, giacché l'ente mutualistico – e lo stesso Inps in una prima fase – «esentava dall'aliquota diretta al finanziamento della prestazione economica le imprese che, in forza di contratto collettivo, corrispondevano direttamente un'indennità di importo non inferiore a quella dovuta dall'ente previdenziale» (11).

La situazione cambia a partire dagli anni novanta, quando l'Istituto previdenziale muta radicalmente tale prassi amministrativa, ormai quarantennale, e inizia ad affermare la permanenza dell'obbligo contributivo anche quando è lo stesso datore di lavoro a erogare l'indennità di malattia.

Ne è seguito, *ça va sans dire*, un vivace contrasto giurisprudenziale, che ha coinvolto la stessa Suprema Corte.

4. — *La giurisprudenza di legittimità sull'esonero del contributo di malattia*
— Anche in sede di legittimità, si scontravano due opposti orientamenti. Alcune pronunce ritenevano infatti pienamente sussistente l'ob-

(11) P. Boer, *L'obbligo contrattuale a corrispondere l'indennità di malattia non esonera il datore di lavoro dal contributo di malattia*, in *Mass. giur. lav.*, n. 11, 2003, p. 870.

bligato contributivo per i datori di lavoro. Su tutte si vedano le sentenze della Cassazione n. 1950/2000 (12) e n. 14571/1999 (13).

Secondo quest'ultima decisione in materia di indennità di malattia «nell'attuale assetto della materia, non può desumersi [...] l'esonero del datore di lavoro dal versamento dei contributi di malattia nell'ipotesi di regolamentazione pattizia delle relative prestazioni a suo carico. Del resto, anche nella suddetta ipotesi, permane l'obbligo dell'Inps di provvedere al pagamento delle prestazioni di malattia in tutti i casi in cui il datore di lavoro non vi provveda o per difficoltà materiali ovvero perché non più tenuto per sospensione o cessazione del rapporto di lavoro non accompagnate dal riconoscimento del trattamento di cassa integrazione guadagni».

Tale orientamento era lungi dall'essere pacifico. Nella coeva sentenza n. 13535/1999 (14), ad esempio, il Collegio ha ritenuto che «in tema di prestazioni previdenziali economiche dovute al lavoratore in caso di malattia, ogni volta che al datore di lavoro sia imposto dalla legge o dalla contrattazione collettiva di provvedere in proprio alla erogazione della retribuzione o di una indennità al lavoratore assente per tale motivo, l'ente previdenziale è esonerato dalle relative prestazioni e non ha diritto al versamento dei contributi normativamente fissati per assicurare ai lavoratori il godimento di un'indennità, atteso che detti contributi (ancorché obbligatori) hanno natura assicurativa e sono pertanto dovuti in relazione alla copertura di un rischio, non in forza di un obbligo imposto in adempimento di un principio di solidarietà».

5. — *La sentenza Sezioni Unite del 2003 e la prevalenza del principio di solidarietà* — Vista la complessità della vicenda e gli opposti orientamenti della Sezione lavoro, appariva quanto mai necessario l'intervento delle Sezioni Unite, che si ebbe con la pronuncia n. 10232/2003 (15), per dirimere il contrasto insorto.

(12) Cass. 21 febbraio 2000, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Previdenza sociale*, n. 365.

(13) Cass. 27 dicembre 1999, n. 14571, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Previdenza sociale*, n. 414.

(14) Cass. 3 dicembre 1999, n. 13535, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Previdenza sociale*, n. 406.

(15) Cass. 27 dicembre 1999, n. 14571, in *Foro it.*, 2004, p. 818 ss.; per i commenti cfr., *ex multis*, P. Boer, *op. cit.*; M. Cinelli, *Solidarietà senza limiti? Ovvero: pagare i contributi di malattia (con aggiunta), senza usufruire delle relative prestazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 1, 2005, pp. 75 ss.; G. Cardoni, *La contribuzione Inps per il finanziamento dell'indennità eco-*

Opportunamente la Suprema Corte, prima di prendere posizione e di sviluppare il proprio *iter* argomentativo, riassume gli argomenti che militano a favore di ciascuna delle due tesi opposte.

In sintesi, l'orientamento giurisprudenziale che nega la sussistenza dell'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro tenuti per contratto collettivo all'erogazione dell'indennità di malattia si basa sui seguenti assunti: (i) il rapporto fra ente previdenziale e lavoratori assicurati è, per l'appunto, di natura assicurativa, implicante una corrispondenza fra premio (contributo) e indennizzo, i quali «stanno e cadono» insieme; (ii) tale nesso di necessaria corrispondenza tra contribuzione e obbligo di effettiva erogazione dell'indennità sarebbe altresì ulteriormente corroborato dalla circostanza per cui l'obbligo gravante sull'Inps riguarda la sola prestazione economica, ossia l'indennità sostitutiva della retribuzione *ex art.* 2110, comma 1, cod. civ., e non anche le prestazioni sanitarie, le quali sono a carico del Servizio sanitario nazionale; (iii) infine, l'assoggettamento del datore di lavoro all'obbligo contributivo e, al contempo, all'obbligo di indennizzo determinerebbe un ingiustificato arricchimento in capo all'ente previdenziale.

Specularmente, l'orientamento affermativo riguardante l'obbligo contributivo si basa sui seguenti argomenti: (i) l'assicurazione dei lavoratori dipendenti contro le malattie non si ispira al principio mutualistico, bensì a quello di solidarietà: in questa ottica ben può venir meno la correlazione fra contributo e prestazione; (ii) il rapporto di assicurazione obbligatoria è disciplinato dalla legge con disposizioni imperative, non derogabili dall'autonomia privata, sia pure collettiva; (iii) vi è altresì un ulteriore elemento, molto più tecnico e solitamente poco considerato: in due precise fattispecie – nel caso di superamento del periodo di cd. comporto e nel periodo di disoccupazione o sospensione dal lavoro (*ex art.* 1, comma 6, d.l. 30 dicembre 1979, n. 663, convertito in legge 29 febbraio 1980, n. 33) – l'eventuale imposizione dell'obbligo di indennizzo gravante sul datore di lavoro, a opera del contratto collettivo, non esclude che sia l'Inps a dover pagare l'indennità al lavoratore.

Ed è a questo secondo filone giurisprudenziale che le Sezioni Unite aderiscono, valorizzando i già citati argomenti, e dando particolare enfasi al principio di solidarietà: «è, anzitutto, opinione comunemente ricevuta che il fondamento della previdenza sociale stia nel principio di

nomico di malattia tra aspirazioni solidaristiche e connotazioni mutualistiche, *ivi*, n. 1, pp. 349 ss.; C. Lagala, *L'indennità di malattia tra mutualità e solidarietà: considerazioni sulla sentenza della Cass., Ss.Uu., n. 10232/2003*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, n. 1, 2004, pp. 195 ss.

solidarietà, onde il concetto di sinallagma, ossia di equilibrio di obbligazioni corrispettive, risulta insufficiente alla rappresentazione del sistema. E, infatti, all'apporto contributivo delle categorie interessate si accompagna il costante intervento finanziario dello Stato e quindi della solidarietà generale».

Proprio questo può essere considerato il limite della pronuncia: pur ritenendo chi scrive condivisibile la posizione espressa dalle Sezioni Unite, come è stato già evidenziato «la soluzione appare motivata solo facendo ricorso a principi generali del sistema previdenziale, senza scendere a un esame analitico della disposizione, che poteva prestarsi anche a una lettura più articolata» (16): in questo senso il Collegio ha perso l'occasione di porre in essere una ricostruzione organica (quanto mai necessaria) di un istituto, quello della contribuzione di malattia, davvero complesso e nei cui confronti il legislatore non ha mai tentato una riorganizzazione della normativa.

Anche l'ulteriore argomentazione seguita dalla Corte si basa su un assunto di ordine sistematico: i giudici sottolineano infatti come rilevi, nell'interpretazione dell'art. 6, comma 2, legge n. 138/1943, il differente ruolo del contratto collettivo «nell'ambito delle fonti del diritto oggettivo, a seconda che si consideri il soppresso ordinamento corporativo o quello attuale».

Il secondo argomento utilizzato dai giudici, dunque, è quello secondo il quale un contratto collettivo di diritto comune «non può alterare il regime della contribuzione»; in altri termini: «la natura privata del contratto collettivo postcorporativo impedirebbe un effetto esonerativo, coerente invece *olim* con la fonte corporativa» (17).

Tale soluzione «compromissoria» (18), secondo la quale l'eventuale esonero del pagamento della contribuzione di malattia nel caso in cui il contratto collettivo ponga a carico del datore un trattamento economico, sussisterebbe solo qualora tale previsione sia contenuta in un contratto collettivo di diritto corporativo, e non sarebbe viceversa applicabile quando la previsione discende da un contratto collettivo di diritto comune, è stata successivamente smentita da una successiva pronuncia (19),

(16) P. Boer, *op. cit.*, p. 871.

(17) R. Pessi, *Imprese che erogano in proprio il trattamento economico di malattia ai dipendenti (operai): quale regime?*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2420.

(18) M. Marinelli, *L'orientamento della giurisprudenza sull'obbligo contributivo per il finanziamento dell'indennità di malattia*, in *Lav. giur.*, n. 9, 2008, p. 877.

(19) Cass. 5 agosto 2004, n. 15112, in *Arg. dir. lav.*, n. 1, pp. 439 ss.

che analizzeremo a breve e che pure aderisce al medesimo orientamento circa la debenza dei contributi di malattia.

Su questo punto, dunque, la soluzione prospettata dalla Cassazione non appare persuasiva, e tale dicotomia (tra presunti effetti derogatori del contratto collettivo corporativo a differenza di quelli derivanti dal contratto collettivo di diritto comune) non decisiva.

Del resto, gli stessi contratti collettivi corporativi non potevano derogare una norma di legge inderogabile, quali sono le norme in materia di contribuzione, dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto vigente all'epoca, e più nello specifico ai sensi dell'art. 7 delle disposizioni sulla legge in generale.

Pertanto «il richiamo al carattere corporativo del contratto [...] è del tutto inconfidente» (20).

Merita di essere seppur sinteticamente esaminato anche l'argomento di carattere più tecnico cui si accennava, al quale la Cassazione aderisce in realtà senza troppo motivare e in maniera quasi tralaticia, mancando al riguardo un approfondimento.

Ci riferiamo alla previsione *ex art. 1, comma 6, del d.l. 30 dicembre 1979, n. 663 (conv. in legge 29 febbraio 1980, n. 33)*, che disciplina le fattispecie in presenza delle quali è l'Inps a provvedere direttamente al pagamento delle prestazioni di malattia, prevedendo – tra l'altro – tale erogazione diretta «per i lavoratori disoccupati o sospesi dal lavoro e non fruanti della cassa integrazione guadagni» (21).

(20) T. Tranquillo (V. Ferrante), *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, II ed., 2006, p. 70.

(21) L'insorgenza della malattia, ma più in generale la compatibilità di vicende del rapporto di lavoro quali festività, maternità ecc. nel corso della Cig, è materia complessa, si v. M. Miscione, *Il trattamento della Cassa integrazione guadagni ordinaria (anche in rapporto alle varie vicende del rapporto di lavoro)*, in Idem (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Utet, Torino, 2007, vol. III, II ed., pp. 61 ss.

In ogni caso la prassi amministrativa prevedeva che anche la sospensione dal lavoro a zero ore con intervento ordinario o straordinario della cassa integrazione fosse considerata fattispecie rientrante nella ipotesi di sospensione summenzionata, risultando sospese le obbligazioni principali connesse al rapporto di lavoro.

In seguito a un importante filone giurisprudenziale (si veda, ad es., Cass. 17 febbraio 1987, n. 1709, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Previdenza sociale*, n. 759; Cass. 10 gennaio 1986, n. 91, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Previdenza sociale*, n. 638; o Corte Cost. n. 619 del 30 dicembre 1987), è adesso pacifico ritenere che durante il periodo di ammissione al trattamento di integrazione guadagni il soggetto, sebbene

A detta dei giudici di Cassazione, tale circostanza *ad abundantiam* sarebbe da considerare quale «ulteriore giustificazione causale dell'obbligo contributivo in questione».

Nell'ultima parte dell'art. 1, comma 6, della legge n. 33/1980 si elencano tra i destinatari dell'erogazione diretta di malattia da parte dell'Inps (i) i lavoratori disoccupati o (ii) sospesi dal lavoro che non usufruiscano del trattamento di cassa integrazione.

Il diritto alle prestazioni economiche sorge dalla data di effettivo inizio del rapporto di lavoro e «permane per tutta la sua durata, protraendosi per un ulteriore periodo di 60 giorni successivo alla cessazione (per licenziamento o dimissioni) o sospensione del rapporto di lavoro» (22).

Emerge chiaramente, anche a una lettura poco approfondita della norma, che mentre la prima ipotesi non presenta particolari difficoltà interpretative (l'Inps provvederà a versare l'indennità ai lavoratori che siano cessati dal lavoro da non più di due mesi, per licenziamento o dimissioni) non pochi problemi di ordine sistematico crea la seconda fattispecie individuata dal legislatore del 1980, vale a dire quella dei lavoratori «sospesi»: «nel mentre esistono numerosi riferimenti normativi alla sospensione del o dal lavoro non esistono fattispecie che consentano delle ricostruzioni unitarie e univoche dell'istituto» (23).

non espliciti la prestazione lavorativa, mantenga invariato lo status di lavoratore occupato, ed è altrettanto pacifico il principio secondo il quale non si possono cumulare le prestazioni Cig e quelle di malattia.

Con precipuo riferimento all'indennità di malattia (e a quella di maternità), l'Inps, con circolare 7 luglio 1990, n. 152, ha riassunto i termini della questione, precisando che «i periodi ordinari e straordinari di integrazione guadagni sono da intendersi equiparati, ai fini del diritto alla indennità di malattia e maternità per astensione obbligatoria, ai periodi di effettivo svolgimento di attività lavorativa»; R. Cosio, *La Cassa integrazione guadagni*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. La costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, vol. I, III ed., 2009, p. 2227.

(22) A. Sgroi, *Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro*, in Idem (a cura di), *op. cit.*, p. 329. Inoltre v. la (ormai risalente) circolare Inps n. 152/1990 con la quale l'istituto previdenziale spiega che è in virtù dell'ultrattività degli artt. 7 e 30 del Contratto collettivo nazionale del 3 gennaio 1939, «ancora in vigore per effetto del disposto di cui al d.lgs. lgt. n. 369/194 e applicabile in forza dell'art. 6 della legge 11 gennaio 1943, n. 138 [che] il lavoratore cessato o sospeso dal lavoro conserva il diritto all'indennità di malattia, in misura ridotta, per gli eventi morbosi insorti entro due mesi (o 60 giorni, se il conteggio a giorni anziché a mesi risulta più favorevole al lavoratore) dall'inizio della cessazione o sospensione del rapporto di lavoro».

(23) G. Martinengo, *Commento sub art. 1, Sezione III*, in *Commento al d.l. 30 di-*

Possiamo ricomprendere – a titolo meramente esemplificativo – nelle vicende sospensive *de quibus* sia i casi di sospensione dell'attività aziendale (ad esempio, per situazioni di mercato o, a seconda dei settori, dovute a situazioni meteorologiche), sia gli eventi da ricollegare a istituti contrattuali cui il lavoratore può accedere, come aspettative o permessi non retribuiti, oppure, si ritiene, anche nel caso di sospensioni disciplinari.

Chiusa tale parentesi – necessaria giacché la questione è spesso trascurata e la stessa Suprema Corte ha evitato di esaminare *funditus* la fattispecie accennata – ci si può chiedere se tale disposizione possa assurgere, nell'*iter* della pronuncia delle Sezioni Unite, a «ulteriore giustificazione causale dell'obbligo contributivo».

Un'argomentazione di tal fatta appare per certi aspetti una forzatura.

In sostanza, la fattispecie in questione fa dedurre ai giudici la generale assenza di corrispettività tra contribuzione e prestazione, proprio perché quest'ultima, nei casi di cessazione e sospensione dal lavoro, entro i 60 giorni è erogata dall'Inps.

A parte la già citata stringatezza dell'argomentazione in questione, non appare corretto poter dedurre e generalizzare argomentando *a contrario* la sussistenza dell'obbligazione di malattia dalla presenza di queste – a onor del vero residuali – previsioni.

Ma anche volendo ritenere che dalla norma in questione possa derivare un sostanziale «assoggettamento generale alla contribuzione», non si può ignorare come, all'interno del frastagliato ordinamento previdenziale (24), vi siano (anche) disposizioni che sembrerebbero confortare una interpretazione opposta, cioè tendente a rintracciare una qualche forma di corrispettività tra prestazione e contribuzione, sia nel medesimo contesto dell'indennità malattia, sia allargando lo sguardo, in altri ambiti dell'ordinamento a cui ci riferiremo.

Per il primo caso giova ricordare come l'obbligo contributivo non sia fissato dal legislatore in via unica bensì vi siano diverse aliquote contributive a seconda della prestazione di riferimento; ciò che qui maggiormente rileva è che anche all'interno della singola gestione non

cembre 1979, n. 663, e legge 29 febbraio 1980, n. 33, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 1980, p. 1092).

(24) È stato scritto che la materia previdenziale «non [è] legata ad alcun filo che sia indice di una scelta di fondo unitaria e stabile», cfr. M. Cinelli, voce *Sicurezza sociale*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 510.

vige un generalizzato obbligo contributivo: «nessuna norma di legge impone che la prestazione in forza di un principio di solidarietà venga non di meno erogata ai dipendenti del settore industriale che rivestono la qualifica di impiegati, quadri e di dirigenti» (25), a meno che non si voglia portare l'argomentazione fatta propria dalla Cassazione a estreme (ma coerenti) conseguenze, vale a dire sostenendo l'illegittimità costituzionale delle normativa succitata, in ordine alla non generalità dei soggetti beneficiari della contribuzione (ma si veda, proprio nel senso di negare l'illegittimità costituzionale, *infra* Cass. n. 15112/2004).

Inoltre, più in generale, visto che la stessa Corte, con ragionamento induttivo dal *particolare* delle fattispecie succitate, ritiene che le stesse fondano un «generale obbligo di contribuzione», ricordiamo, sinteticamente, come ben sussistano nel nostro ordinamento altre ipotesi di esonero in virtù delle quali non si può non constatare la presenza, se non di una corrispettività, quanto meno di una qualche forma più o meno marcata di consequenzialità tra possibile prestazione e contribuzione; pensiamo storicamente all'esclusione degli istituti bancari e assicurativi dalla contribuzione per la Cassa integrazione, essendo settori produttivi esclusi dall'istituto, per ragioni storico-economiche ben intuibili; oppure all'esonero dal contributo del fondo di garanzia Tfr (*ex* art. 2 della legge n. 297/1982), che rappresenta la più nota e generalizzata delle misure compensative che l'art. 10 del d.lgs. n. 252/2005 riconosce alle aziende a fronte dello smobilizzo del Tfr, sia che questo sia destinato alla previdenza complementare sia che debba essere versato al fondo di tesoreria presso l'Inps.

Si tratta di una incentivazione, dal momento che il datore beneficia di uno sgravio contributivo dello 0,20% (ovvero dello 0,40% per i dirigenti d'industria) in proporzione alla quota di Tfr trasferito al fondo pensione ovvero al fondo di tesoreria Inps: in presenza di tale fattispecie, coerentemente il legislatore non ha ritenuto opportuno che si continuasse a versare un contributo che finanzia il fondo di garanzia.

In conclusione, su questo aspetto, al di là della critica di metodo che pure riteniamo centrale, anche nel merito le circostanze sopra riportate dalla Cassazione, riguardanti le prestazioni dirette dovute dall'Inps ai lavoratori cessati e sospesi, per quanto pertinenti, non appaiono decisive al fine di assolutizzare – stante le attuali previsioni legislative – una generalizzazione dell'obbligo contributivo.

(25) T. Tranquillo (V. Ferrante), *op. cit.*, p. 71.

Ritornando a concentrare la nostra attenzione sugli altri punti della sentenza in commento, le Sezioni Unite utilizzano, infine, un argomento di carattere economico, che è quello che i giudici hanno considerato decisivo.

Ci riferiamo all'assunto per cui «da possibile e illimitata diffusione di contratti collettivi idonei a sottrarre intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia potrebbe diminuire le risorse dell'ente pubblico al punto da porre in pericolo l'adempimento dei debiti verso gli assicurati ossia potrebbe generare, usando il lessico dell'obbligazione civilistica, una pericolosa menomazione della garanzia patrimoniale generale (art. 2740 cod. civ.) offerta ai creditori dell'ente debitore».

Ebbene, tale argomentazione può essere contestata non solo da un punto di vista teorico, bensì anche nel merito, affermando come in realtà non si tenga conto del reale stato di salute della gestione contabile dell'Inps riguardante le prestazioni di malattia, la quale è decisamente in attivo; anche altra autorevole dottrina parla di «divario, invero, assai significativo [tra esborsi e contributi riscossi per l'indennità di malattia, *n.d.a.*] che smentisce alla radice e irrimediabilmente la giustificazione di quella preoccupazione espressa nella suindicata sentenza» (26).

Questo è uno snodo di notevole interesse e che verrà ripreso in seguito; per ora basti dire che anche alla luce dei più recenti dati risulta un considerevole attivo di bilancio per quel che riguarda le indennità di malattia; ma la Corte qui non descrive una situazione di fatto, bensì si limita a rappresentare, con forza, un timore – quello della sottrazione di intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia – la cui prospettazione tutt'altro che peregrina è evocata, ad es., nel recente Ccnl terziario (separato, vista la mancata sottoscrizione della Filcams-Cgil) del 2011.

Pur condividendo tale preoccupazione, evidenziamo come certamente si tratta di un argomento più consono a determinare eventualmente la politica legislativa che a orientare la funzione nomofilattica della Suprema Corte.

Anche alla luce di tali constatazioni e soprattutto in virtù degli sviluppi successivi della vicenda, occorre constatare come tale sentenza, pur pronunciata dalla Cassazione nella sua massima composizione, è stata ben lungi dal dire una parola definitiva circa la questione della

(26) M. Cinelli, *op. cit.*, p. 81.

contribuzione di malattia e si sia dimostrata fragile per ciò che concerne la ricostruzione teorica dell'istituto.

Non è un caso che successive sentenze, tra cui la già citata Cass. n. 15112/2004, pur rimanendo nel solco dell'orientamento delle Ss.Uu., ne abbiano modificato alcuni assunti (si è già detto in merito alla ritenuta insussistenza della presunta differenziazione in base alla tipologia di contratto collettivo) e più in generale abbiano provato a svilupparne la portata su ambiti non toccati in precedenza.

Un ulteriore esempio riguarda il frastagliato ambito di applicazione dell'assicurazione di malattia con riferimento all'area soggettiva della tutela (27): a tutt'oggi non è prevista per gli impiegati dell'industria; ebbene, «a fronte dell'affermata esclusione degli impiegati dell'industria dall'assicurazione di malattia e della relativa contribuzione, la perdurante sussistenza dell'obbligo contributivo con riferimento al personale operaio non integra – secondo tale pronuncia – una violazione della parità di trattamento poiché “detta esclusione costituisce una deroga, limitata e circoscritta, della disciplina generale”» (28).

Infine non si può non evidenziare come le Sezioni Unite dedichino davvero poche righe alla descrizione del rapporto intercorrente tra ente e datore con riferimento all'obbligazione contributiva di malattia, allorché il datore sia tenuto per contratto al versamento dell'indennità ricomprendendo lo stesso all'interno della categoria civilistica dell'espromissione (29).

(27) Bisogna sempre ricordare, infatti, che «si può essere lavoratori dipendenti e, nonostante ciò, essere escluso dal campo di applicazione dell'indennità. Non a caso, la legge n. 33/1980 parla non di corresponsione ai lavoratori dipendenti *tout court*, ma ai lavoratori dipendenti aventi diritto»; in A. Pandolfo, voce *Malattia nel diritto della sicurezza sociale*, cit., p. 204.

(28) F. Centorbi, *Trattamento economico di malattia ed obbligazione contributiva*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1, 2005, p. 361.

(29) Le Ss.Uu. descrivono la fattispecie in termini di «espromissione dell'ente previdenziale dal debito indennitario». Non vi è sul punto unanimità in dottrina, e ovviamente non si tratta (solo) di una mera qualificazione dal punto di vista sistematico, bensì la qualificazione ha importanti conseguenze pratiche. Riconducendo la fattispecie all'istituto dell'espromissione si deve di conseguenza riconoscere il diritto del datore di lavoro di regredire nei confronti dell'istituto previdenziale – secondo le regole proprie delle obbligazioni solidali – per quanto versato al lavoratore a titolo di indennità di malattia. R. Pessi invece fa riferimento a un diverso approccio interpretativo «orientato alla mera anticipazione del trattamento» suggerito dalla stessa Corte di Cassazione in altre pronunce a proposito del trattamento per infortunio sul lavoro e con riferimento alla clausola di un

6. — *Il ruolo della Consulta* — Un capitolo importante di questa panoramica, riguardante le complesse vicende che hanno interessato l'istituto della contribuzione di malattia nell'ultimo decennio, riguarda il ruolo della giurisprudenza costituzionale.

Nel corso di alcuni processi tra imprese che si vedevano obbligate dai contratti collettivi di diritto comune a corrispondere ai propri dipendenti in malattia l'intera retribuzione, e per tale ragione ritenevano di essere esonerate dal versamento della relativa contribuzione alle casse dell'ente previdenziale, e l'Inps che invece — anche sulla scorta della Cassazione — rivendicava il versamento di quelle somme, diversi giudici di merito hanno sollevato complesse eccezioni di legittimità costituzionale.

Una prima questione, sollevata dal Tribunale di Bolzano, era stata ritenuta inammissibile dalla Consulta per errata indicazione della norma di riferimento (30).

Successivamente, sempre il Tribunale di Bolzano aveva sollevato una ulteriore eccezione di costituzionalità, seguita con argomentazioni simili, da quelle dei Tribunali di Milano e Bologna.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 47 del 4 marzo 2008, sostanzialmente ha confermato l'interpretazione delle Sezioni Unite, dal momento che il principio di solidarietà che caratterizza il sistema della previdenza sociale è suscettibile di essere declinato in forme caratterizzate «da ampia discrezionalità» (punto 5.2 della sentenza) dal legislatore.

In ogni caso, la pronuncia è molto complessa: «deve osservarsi, come a questo risultato [...] sia pervenuta attraverso una declaratoria di infondatezza delle eccezioni di legittimità degli artt. 9, legge n. 139 del 1943, e 31, legge 28 febbraio 1986 n. 41, nonché di inammissibilità di un'altra serie di disposizioni, tutte, comunque, diverse da quella su cui si è esercitata la funzione nomofilattica delle Sezioni Unite» (31).

Questo perché delle questioni dichiarate infondate (con la sentenza in commento) direttamente riferite all'art. 6 della legge n. 138 del 1943 la Corte aveva affermato l'inammissibilità nell'ordinanza sopra citata.

Si ritiene che abbia colto nel segno chi ha individuato la genesi di

Ccnl che ne poneva l'erogazione a carico del datore, e ritiene sia più corretto inquadrare la fattispecie in esame all'istituto della surrogazione (Cfr. R. Pessi, *op. cit.*, pp. 2421-2422).

(30) Cfr. Corte Cost. 22 giugno 2006, n. 241, ord. con nota di R. Pessi, *op. cit.*, pp. 2418 ss.

(31) G. Canavesi, *Solidarietà e contribuzione di malattia nel sistema previdenziale secondo la Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, n. 10, 2008, p. 819.

tale complessità – e, più nel concreto, della dicotomia nell'*iter* decisionale della Consulta tra le norme oggetto formale del giudizio di costituzionalità e la norma interpretata dalla Cassazione – quale diretta conseguenza della scelta metodologica seguita dalla Sezioni Unite: «l'opzione, cioè, in assenza di dati normativi espliciti dai quali trarre argomenti solidi sui quali fondare la decisione, di portare la questione sul terreno dei principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico (previdenziale) e, in particolare, del ruolo che in quest'ultimo si asserisce assolva il principio di solidarietà sociale» (32).

In sostanza si tratta della scelta, nella ricostruzione dell'indennità di malattia – ma più in generale, tale argomento si proietta sull'intera disciplina – in termini di assicurazione sociale o in senso solidaristico.

Ecco dunque che si proietta l'ombra lunga della pronuncia delle Sezioni Unite, e trova conferma la critica sopra espressa (non sull'esito della decisione bensì) sul metodo della stessa, dal momento che è stato deciso di giocare la «partita» dell'indennità di malattia sul piano della teoria generale.

7. — *Una norma interpretativa... a 65 anni di distanza* — A fronte del vivace, tanto serrato quanto poco risolutivo, contrasto giurisprudenziale, è intervenuto, a rompere il lungo silenzio legislativo in materia, l'art. 20, comma 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (33), convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, il quale interpreta l'art. 6, comma 2, della legge n. 138/1943 proprio nel senso opposto rispetto a quello indicato dalla giurisprudenza di legittimità (e, con tutte le tutele del caso, sostanzialmente avallato dalla Consulta), facendo proprie le convinzioni espresse dalle aziende: «i datori di lavoro che hanno corrisposto per legge o per contratto collettivo, anche di diritto comune, il trattamento economico di malattia, con conseguente esonero dell'Inps dall'erogazione della predetta indennità, non sono tenuti al versamento della relativa contribuzione all'Istituto medesimo».

Al secondo periodo, il legislatore dispone altresì la salvezza e l'efficacia delle contribuzioni comunque versate per i periodi anteriori alla data del 1° gennaio 2009.

(32) *Ibidem.*

(33) Cfr. M. Cinelli, *L'intervento sul welfare nella «manovra d'estate» 2008*, in *Mass. giur. lav.*, n. 8/9, 2008, pp. 668 ss.; L. Carbone, *Previdenza e assistenza nella manovra economica del governo Berlusconi (d.l. n. 112 del 2008, convertito con la legge n. 133 del 2008)*, in *Foro it.*, 2008, pp. 262 ss.

Al di là del contenuto della norma, nei confronti della quale si possono avere posizioni diverse, del resto rappresentate anche nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario, quello che lascia sorpresi è la formulazione stessa della disposizione.

In primo luogo, la volontà di porre in essere una norma formalmente interpretativa (di una norma pensata sei decenni fa), sebbene spiegabile politicamente – con la volontà di intervenire, a gamba tesa, sul ricco contenzioso sul tema –, appare francamente poco più che un *escamotage* (34).

La lettera della disposizione suscita diversi dubbi interpretativi: se l'inciso di rinvio esplicito ai contratti – anche di diritto comune – vuole evitare qualsiasi dubbio e smentire pertanto la teoria delle Sezioni Unite circa l'applicabilità della norma ai contratti collettivi corporativi (sebbene questa teoria fosse stata già ampiamente corretta e superata dalla successiva Cass. 2004), «problematico, invece, è stabilire cosa sia esente da contribuzione, se la retribuzione erogata nel suo ammontare complessivo o soltanto relativamente a una quota di valore pari all'indennità di malattia spettante al lavoratore» (35).

Inoltre seri problemi teorici e applicativi determina anche il secondo periodo dell'articolo: «restano comunque acquisite alla gestione e conservano la loro efficacia le contribuzioni comunque versate per i periodi anteriori al 1° gennaio 2009».

Ne consegue la salvezza di contributi versati indebitamente addirittura in un periodo successivo all'entrata in vigore della legge stessa (che, ricordiamo, è del luglio 2008).

La volontà del legislatore appare, da un lato, quella di «voler tagliare definitivamente un nodo in sé assai intricato e fonte di un diffuso,

(34) Il termine è stato utilizzato con riferimento all'annosa vicenda Ata: v. R. Martignoni, *L'escamotage della norma interpretativa di nuovo alla Corte Costituzionale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, n. 2, 2006, pp. 521 ss.; per una riflessione critica circa l'uso distorto dello strumento della «sedicente» legge di interpretazione, con precipuo riferimento all'ordinamento lavoristico, cfr. A. Guariso, *Leggi retroattive, controllo di ragionevolezza e precarietà del diritto*, *ivi*, n. 3, 2007, pp. 671 ss., il quale scrive: «Tra tanto parlare di recupero del rapporto tra cittadino e istituzioni, tra cittadino e politica, non sarebbe male se si tenesse conto anche di queste vicende “di nicchia” che [...] lasciano comunque il segno: un ordinamento giuridico in perenne stato di precarietà, sempre soggetto all'arbitrio del legislatore che fa e disfa regole giuridiche consolidate da anni, appartiene a una nozione di Stato e di pubblica amministrazione nella quale è difficile riconoscersi» (p. 671).

(35) G. Canavesi, *op. cit.*, p. 826.

quanto poco produttivo contenzioso» (36); dall'altro, è forte l'esigenza di salvaguardare le somme già incamerate dall'Inps (37).

Indubbi problemi anche di carattere civilistico pone invece la contraddittoria previsione della non restituzione delle somme versate e trattenute – apparentemente *sine titulo* – dall'Inps, visto che la legge sembrerebbe sancire il principio che anche per il passato le somme pagate, *rectius* versate, per indennità di malattia non fossero dovute (38).

8. — *La giurisprudenza successiva alla norma interpretativa* — Con la sentenza Corte Cass. 13 ottobre 2008, n. 25047 (39), si assiste al necessitato *revirement* della Sezione lavoro indotto dallo *ius superveniens* rappresentato dalla norma interpretativa di cui si è dato conto.

La Corte non ritiene decisiva l'analisi della norma, e cioè se essa vada considerata quale norma interpretativa o innovativa con efficacia retroattiva, dal momento che è solo in materia penale che il principio generale di retroattività, di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, risulta costituzionalizzato (*ex art. 25 Cost.*), bensì si sofferma sulla ragionevolezza della norma intervenuta, valorizzando nella motivazione quello stesso principio di solidarietà che aveva portato le Sezioni Unite ad affermare la regola opposta: «la retroattività trova, nella specie, giustificazione adeguata sul piano della ragionevolezza – in quanto la norma di interpretazione autentica in esame [...] “consegue all'affermazione di un principio solidaristico da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione” (così testualmente, la relazione al disegno di legge di conversione) né, pare, comunque, in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti».

Coerentemente – afferma la sentenza – la norma in oggetto intende esercitare la stessa discrezionalità del legislatore (di cui, si ricorderà,

(36) M. Cinelli, *L'intervento sul welfare nella «manovra d'estate» 2008*, cit., p. 670.

(37) *Ibidem.* era stato evidenziato dallo stesso Autore il rischio che questo intervento normativo rischiasse di risultare inutile anche alla luce delle previsioni di alcuni contratti collettivi in materia, i quali hanno in alcuni casi (ad es., Ccnl elettrici del 18 luglio 2006, art. 32) disciplinato in maniera differente la materia, prevedendo trattamenti di malattia non più sostitutivi, bensì con carattere di integrazione e anticipazione rispetto alle prestazioni dovute per legge dall'Inps.

(38) Per un'ampia ricostruzione da un punto di vista civilistico v. T. Tranquillo, *Retroattività legislativa in ambito previdenziale: un recupero dell'obbligazione naturale*, in *Lav. giur.*, n. 2, 2009, pp. 113 ss.

(39) Cass. 13 ottobre 2008, n. 25047 in *Foro it.*, 2009, pp. 3126 ss., con nota di V. Ferrari, *Principio di solidarietà e insussistenza dell'obbligo contributivo previdenziale*.

parlava anche la sentenza Corte Cost. n. 47/2008), «in modo diverso ma, parimenti, non irragionevole».

Pertanto, il principio di diritto che ne deriva è la non sussistenza dell'obbligo di versare all'Inps i contributi di malattia per il datore di lavoro che sia tenuto, per legge o per contratto collettivo, all'erogazione diretta del trattamento economico, con conseguente esonero dell'istituto previdenziale dalla corresponsione dell'indennità prevista a favore dei lavoratori assenti per malattia (come si vede, il principio esattamente opposto a quello fatto proprio dalle Sezioni Unite del 2003).

Ma la norma contenuta nella manovra estiva 2008, nella sua formulazione incerta, non è sfuggita al Tribunale di Trento il quale ha sollevato, in riferimento all'art. 3, comma 1, Cost. questione di legittimità costituzionale, alla quale è seguita la sentenza Corte Costituzionale n. 48/2010.

Ad avviso del rimettente, l'art. 20, comma 1, in sostanza premia i datori di lavoro inadempienti e discrimina coloro i quali hanno – al contrario – versato i contributi dovuti, poiché – come possiamo leggere dalla sentenza della Consulta che riassume i termini della questione – introduce, «in riferimento ai contributi dovuti per i periodi anteriori all'entrata in vigore della medesima norma, una disciplina differenziata fondata esclusivamente sulla circostanza del mancato adempimento dell'obbligo contributivo. Infatti, solo in tal caso tale obbligo viene eliminato; invece, nell'ipotesi di avvenuto adempimento, esso è mantenuto, continuando a costituire la causa del versamento dei contributi, con conseguente esclusione di ogni diritto di ripetizione».

L'Inps invece rivendica che la definitiva acquisizione alla gestione Inps dei pagamenti contributivi già effettuati dai datori di lavoro che pure assicuravano ai loro dipendenti la retribuzione nel periodo di malattia sarebbe legittima, poiché quei pagamenti attengono a rapporti ormai esauriti.

Pertanto, secondo la difesa dell'Inps, «non si sarebbe in presenza di situazioni identiche, ma di posizioni differenziate in funzione di rapporti giuridici sottostanti non omologhi».

Il giudice delle leggi ha ritenuto la questione non fondata, poiché a suo avviso l'art. 20, comma 1, del decreto legge n. 112 del 2008 «non può essere qualificato come legge-provvedimento, riferendosi a un numero indeterminato di destinatari e non concernendo un oggetto rientrante tra quelli propri dei provvedimenti amministrativi. Esso, inoltre, neppure realizza una sanatoria di comportamenti illeciti che – come pretenderebbe il giudice *a quo* – continuerebbero a essere qualificati come tali».

La norma impugnata, invece, introduce una nuova disciplina del contributo previdenziale relativo all'assicurazione contro le malattie; pertanto essa «costituisce espressione della discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione dell'obbligazione contributiva».

In tale discrezionalità rientra anche la contestuale estensione retroattiva della nuova disciplina, la cui legittimità costituzionale non è inficiata dalla previsione dell'irripetibilità delle contribuzioni versate per i periodi anteriori al 1° gennaio 2009.

Sulla costituzionalità della norma, sembrerebbe pertanto che si sia segnato un punto fermo: la Consulta – coerentemente con quanto affermato anche nella precedente pronuncia n. 47/2008 – ha valorizzato in entrambe le sentenze la discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione dell'obbligazione contributiva, e pertanto nel caso concreto ha ritenuto legittimo il quadro normativo come determinato dalla manovra estiva 2008.

9. — *Il Ccnl terziario (separato) del 2011: fuga dall'Inps?* — Come si accennava all'inizio di questo contributo, il 2011 è stato un anno molto intenso per ciò che concerne l'indennità di malattia e della sua relativa contribuzione.

Un ruolo decisivo in questa riscoperta dell'istituto, diretta conseguenza delle novità legislative e giurisprudenziali di cui si è dato conto, è stato rappresentato dal rinnovo del Ccnl terziario, firmato definitivamente il 6 aprile 2011 da Confcommercio Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil, con la significativa assenza della Filcams-Cgil, il quale innova – non poco – in tema di malattia.

Oltre a nuove previsioni in tema di pagamento della cd. carenza (40), quello che qui rileva evidenziare è la disposizione prevista all'art. 176 del Ccnl, secondo il quale in attuazione dell'art. 20, comma 1, del d.l. 2008, «le parti convengono che i datori di lavoro potranno avvalersi della facoltà di corrispondere direttamente, in sostituzione dell'Inps, il trattamento economico di malattia nelle misure e con le modalità previste, con conseguente esonero del relativo contributo dell'Inps. Contestualmente le parti affidano a un'apposita Commissione il compito di

(40) Mentre sotto la vigenza dello scorso Ccnl i primi tre giorni di malattia venivano pagati al 100% dal datore di lavoro, adesso, a seguito del rinnovo, nell'anno solare il datore di lavoro retribuisce i primi 3 giorni al 100% per i primi 2 eventi di malattia, al 50% il 3° e il 4° evento, mentre a partire dal 5° non verranno più pagati.

valutare, in un'ottica di ottimizzazione dei costi, ulteriori facoltà connesse all'esonero dal pagamento del contributo Inps».

Soprattutto da parte datoriale, nelle settimane successive al rinnovo del Ccnl quest'ultima previsione è stata salutata alla stregua di un evento epocale, foriero di una sorta di perequazione davanti a quelle che sono state definite «solidarietà improprie»: nonostante la comprensibile prudenza, almeno da un punto di vista formale, dei Sindacati stipulanti nella redazione dell'articolo, quelle che le parti definiscono «ulteriori facoltà connesse all'esonero dal pagamento del contributo Inps» sembrerebbero far riferimento a una possibile gestione privatistica delle ingenti risorse sottratte all'istituto previdenziale, magari attraverso un fondo di nuova costituzione, ovviamente costituito dalle sole parti firmatarie del contratto (41).

Se si tiene conto della circostanza che sono circa 400mila le aziende operanti nel settore, qualora un significativo numero di esse decidesse di corrispondere direttamente il trattamento di malattia ai lavoratori, sarebbe concreto il rischio di una ingente sottrazione di risorse all'Inps, che potrebbe – in teoria – pregiudicare seriamente la tenuta stessa del sistema, anche alla luce di un possibile effetto imitativo da parte di altre categorie, che come si ricorderà rappresentava la più grande preoccupazione della pronuncia delle Sezioni Unite del 2003.

10. — *Manovra estiva 2011: la retromarcia del governo* — Ma, in modo inatteso, ecco che con la manovra estiva 2011 (*rectius*, con la prima manovra estiva, visto che da lì a un mese vi è stato il tormentato cd. decreto di Ferragosto) il Governo ha cambiato radicalmente opinione. Con l'art. 18, comma 6, d.l. n. 98/2011, conv. in legge n. 111/2011 viene introdotto all'art. 20 della manovra 2008 il comma 1-*bis*, il quale dispone che «a decorrere dal 1° maggio 2011, i datori di lavoro [...] sono comunque tenuti al versamento della contribuzione di finanziamento dell'indennità economica di malattia in base all'articolo 31 della legge 28 febbraio 1986, n. 41, e per le categorie di lavoratori cui la suddetta assicurazione è applicabile ai sensi della normativa vigente».

Insomma, la contribuzione destinata al finanziamento dell'indennità economica di malattia dovrà essere versata anche dai datori di lavoro che si sostituiscono all'Inps nel retribuire il lavoratore, con buona pace

(41) Per una riflessione su bilateralità e accordi separati v. V. Bavaro, *Accordi separati ed enti bilaterali*, in q. *Riv.*, n. 1, 2010, pp. 109 ss.

in sostanza delle previsioni del Ccnl terziario che – a questo punto – sembrano essere inefficaci dal momento che il piano normativo cui si fa riferimento è mutato, non potendo derogare ovviamente alla (mutata) volontà del legislatore.

Quali le ragioni di questa ulteriore modifica? Di certo lo studio della Relazione di accompagnamento della manovra non ci sarebbe di alcun aiuto, poiché la stessa dà una lettura delle vicende concernenti la contribuzione di malattia davvero parziale, probabilmente dovuta (anche) alla fretta di commentare un provvedimento complesso.

Dunque, nella relazione si afferma che l'art. 20, comma 1, contiene «una disposizione interpretativa introdotta al fine di chiarire, sulla base del principio solidaristico affermato dalla precedente sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 2008, l'obbligo della contribuzione per la malattia in caso di corresponsione diretta del datore di lavoro della relativa indennità. La norma intendeva quindi chiarire – anche al fine di definire le situazioni di contenzioso pendenti in tale materia – che il datore di lavoro è tenuto all'assolvimento del predetto obbligo anche nel caso in cui specifiche previsioni contrattuali gli impongano di corrispondere al lavoratore, assente per malattia, la retribuzione globale».

Ma andando avanti nella lettura delle relazioni possiamo apprendere l'opinione dell'esecutivo: la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 48/2010, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 20 avrebbe ritenuto che la suddetta norma «introduce una nuova disciplina del contributo previdenziale relativo all'assicurazione contro le malattie. Essa, pertanto, costituisce espressione della discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione dell'obbligazione contributiva».

Ed ecco il punto focale: «tale disposizione, come interpretata dalla Corte Costituzionale, potrebbe pertanto consentire ai datori di lavoro di essere esentati dal versamento della contribuzione di malattia a condizione che la contrattazione collettiva ponga a carico degli stessi l'obbligo di pagamento delle indennità di malattia da erogare in concreto ai propri dipendenti»; in sostanza si attribuisce la responsabilità dell'eventuale esonero contributivo alla pronuncia della Consulta, e non alla disposizione di legge del 2008.

Quello che più importa è che – pressappochismo legislativo a parte – la norma introdotta nella manovra 2011 «intende evitare che si determinino effetti distorsivi, conseguenti a una possibile tendenza, da parte delle categorie produttive, allo sganciamento nei confronti del sistema pubblico, con possibile pregiudizio per i lavoratori».

11. — *Osservazioni conclusive: un nuovo welfare* — Proprio da quest'ultima osservazione vogliamo partire. La norma del 2008 era foriera di possibili «effetti distorsivi», riconosciuti alla fine anche dallo stesso legislatore.

Tutto ciò è aggravato da una normativa estremamente complessa, trattandosi di una disciplina che nel corso dei decenni è andata stratificandosi in maniera alluvionale, e frazionata – oltre che per categorie soggettive di lavoratori – anche per quel che riguarda i diversi settori produttivi.

Su un punto è bene essere chiari. L'uscita dal sistema Inps non è una soluzione, anzi. Rischia davvero di creare una sorta di apartheid tra settori professionali ricchi e quelli più deboli.

Al contempo però sarebbe miope negare come sia legittimo per le imprese ricercare forme di risparmio (ovviamente a parità di tutela dei diritti dei lavoratori): il settore del terziario lamenta da tempo una contribuzione che si ritiene eccessiva e un aggravio rispetto agli altri settori produttivi (42).

Allora quale possibile risoluzione? Operare all'interno del sistema Inps può essere una strada percorribile per poter conciliare le evidenti ragioni di ordine sociale concernenti alla tenuta del sistema, agendo sulla misura dei contributi e con un auspicabile intervento di semplificazione e chiarezza del legislatore per quel che riguarda le categorie soggettive di lavoratori nei cui confronti l'indennità è prevista.

Normative dettate solo dalla contingenza del momento – che si succedono in maniera rapida e con interventi che definire lacunosi dal punto di vista tecnico è usare un eufemismo – non fanno altro che aumentare l'incertezza del diritto e incentivare il contenzioso: una cosa è certa: nessuno – operatori del diritto, associazioni datoriali e sindacali – trova giovamento da situazioni giuridiche tanto complesse da interpretare e che costringono l'interprete a una vera e propria operazione di archeologia giuridica.

In termini più generali, il binomio solidarietà/corrispettività, innervando tutta la materia, rappresenta la cartina di tornasole delle opzioni politico legislative seguite dal legislatore.

Forse è il caso di tornare a interrogarci però su di un punto, spesso negletto, che trascende dalla fattispecie della contribuzione di malattia

(42) Le aliquote contributive per il settore commercio e terziario sono individuate nella misura del 2,44%, a fronte del 2,22% previsto per l'industria e l'artigianato.

ma che riguarda l'essenza stessa del principio di solidarietà, anche perché come è stato notato «la materia previdenziale è, elettivamente, uno degli ambiti in cui il principio di solidarietà, in sé considerato, ha occasioni e ragioni di manifestazione e applicazione frequenti o del tutto particolari» (43).

Ora, nella misura in cui si compie una lettura prospettica dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» con il successivo art. 3, in special modo con il comma 2, vale a dire il principio di eguaglianza sostanziale (44) – vera e propria pietra angolare su cui poggia l'intero edificio dello Stato sociale –, la solidarietà può essere intesa quale corollario assiologico, che giustifica la redistribuzione del reddito tra i consociati proprio al fine di rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (45).

Se così è, occorre confrontarsi sulla circostanza se la contribuzione previdenziale sia o meno il mezzo più adeguato a tale scopo o se invece, come taluni sostengono, sia la leva fiscale lo strumento più opportuno.

Tali questioni apparentemente neutre, in realtà recano con sé interrogativi enormi: redistribuire cosa a chi, e soprattutto con quale grado di solidarietà? In filigrana possiamo scorgere come tali interrogativi investono l'oggetto stesso dello studio della disciplina lavoristica.

Per tutto il Novecento il lavoro è stato l'antecedente logico della cittadinanza: è attorno al lavoratore-cittadino (rigorosamente in tale ordine) che si è plasmato l'intero edificio dello Stato sociale.

La sfida invece impostaci dalla «seconda modernità» (46) è come declinare un (necessariamente) nuovo modello di *welfare*, che continui ad attuare la propria ragion d'essere in un mondo in cui il lavoro vede «ac-

(43) M. Cinelli, *Previdenza e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 1999, p. 77. Sul medesimo argomento si veda anche G. Amoroso, R. Foglia, L. Tria (a cura di), *Le sentenze della Corte Costituzionale sulla sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 1997.

(44) Con l'efficace stile che gli è proprio, un Autore ha chiosato: «da nostra Costituzione è sincera e [...] il comma 2 dell'art. in esame è, per l'appunto, la prova più evidente della sua sincerità», U. Romagnoli, *Sub art. 3, comma 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 171.

(45) V. i contributi presenti in *Welfare: finanziamento e capacità redistributiva*, in *Riv. pol. soc.*, n. 2, 2004.

(46) Cfr. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci editore, Roma, 2000; Idem, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000.

centuarsi il suo ruolo strumentale, perché lo status di cittadinanza lo sostituisce come *pruus* generatore delle aspettative di un'esistenza dignitosa e criterio di misura della loro adeguatezza al tempo presente» (47).

La liberazione dal bisogno nello scenario di un ordine economico sovranazionale (all'interno del quale si è lacerata «l'antica coestensione di politica diritto economia») (48) retto dalla *lex mercatoria* – che non ha propriamente l'anelito alla giustizia sociale quale ragion d'essere – e in cui gli Stati nazionali contano sempre meno: su questo tema si giocherà la sfida del diritto, non solo di quello del lavoro, negli anni a venire.

Ed è proprio se confrontato con gli interrogativi che, nel mutato scenario globale, agitano da diversi lustri ormai gli studiosi che il silenzio del legislatore – interrotto episodicamente da disposizioni prive di organicità, come quelle di cui si è dato conto – risulta non più sostenibile (49).

(47) U. Romagnoli, *La solitudine di Cippiuti*, in *Dir. mer. lav.*, n. 1, 2010, p. 3.

(48) N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in Idem, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 118.

(49) L'accennata «diminuzione di sovranità» non può fungere da scusante per il legislatore nazionale: è stato scritto efficacemente (e solo apparentemente in contraddizione) che la solidarietà – sebbene innervata *in re ipsa* di universalismo – sia «sempre connotata da una dimensione particolarista» (G.P. Cella, *Tracciare confini. Realtà e metafore della distinzione*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 77 ss.) nella sua attuazione, circa il *quantum*. Per tali ragioni concordiamo pertanto con la riflessione per cui «lo Stato nazionale non potrà che rimanere [...] il luogo elettivo della costruzione della solidarietà sociale» (S. Giubboni, *Stato sociale, libera circolazione delle persone e nuovi confini della solidarietà in Europa. Una introduzione teorica*, in Idem, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, in corso di pubbl., p. 19).

Maria Dolores Santos Fernández (*)

LA RIFORMA DEL DIRITTO DEL LAVORO IN SPAGNA

SOMMARIO: 1. Il duplice autoritarismo normativo di una riforma. — 2. *Empleo y flexibilidad interna*: i due fili conduttori. — 3. *Convenio de empresa y despido*: in sintonia con il contesto europeo. — 3.1. Un licenziamento più facile ed economico. — 4. *Modificación – sustancial y no – de las condiciones de trabajo*: il cuore dei poteri imprenditoriali. — 5. *El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores* oppure un anno di periodo di prova.

1. — *Il duplice autoritarismo normativo di una riforma* — Dopo tre mesi dall'arrivo alla presidenza, il governo di destra di Mariano Rajoy ha imposto attraverso il meccanismo della decretazione d'urgenza l'ultima riforma del diritto del lavoro in Spagna. Il *Real Decreto-ley n. 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, convalidato con poche modifiche dalla *Ley n. 3/2012, de 6 de julio*, contiene norme che modificano profondamente alcuni istituti fondamentali del diritto del lavoro spagnolo e che si caratterizzano per l'assenza di qualsiasi tentativo di ricerca del consenso con le parti sociali, che sono rimaste del tutto estranee all'*iter* della riforma. Questo atteggiamento «unilaterale» da parte di un Governo europeo stupisce non solo perché poco in sintonia con le prassi dei paesi comunitari, incentivati dalle istituzioni europee a coinvolgere le parti sociali nella regolamentazione delle condizioni di lavoro, ma anche perché sugli effetti di quasi ogni riforma del mercato del lavoro in Spagna ha avuto un notevole peso il ruolo svolto dalla concertazione. Del resto, sin dal periodo immediatamente successivo alla caduta della dittatura, il dialogo sociale ha apportato elementi di modernizzazione e democrazia al sistema di relazioni industriali, consolidando proprio il ruolo delle parti sociali maggiormente rappresentative nel paese. Anche per questo motivo era facile immaginare che quest'ultima riforma avrebbe ricevuto come risposta una contestazione radicale da parte dei lavoratori e delle lavoratrici

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Siena.

spagnoli; il momento più significativo di questa mobilitazione è senz'altro individuabile nello sciopero generale dello scorso 29 marzo (1), proclamato dai sindacati più rappresentativi (Ccoo e Ugt) e che ha visto una partecipazione notevole in tutte le manifestazioni, che si sono svolte in più di cento città spagnole. Sfruttando anche l'ottimo risultato ottenuto con lo sciopero generale, i due segretari generali dei sindacati più rappresentativi hanno annunciato una conflittualità *in crescendo* se il Governo non dovesse decidersi, come al momento sembra, ad aprire un processo di consultazione e scambio di proposte volte a una modificazione sostanziale della riforma contestata.

La mancanza di sintonia con l'Europa in questo senso è ulteriormente sorprendente se si legge il testo della legge n. 3/2012 e i numerosi riferimenti proprio all'Europa che essa contiene, sia come modello occupazionale dal quale la Spagna in questo momento è molto lontana (2), sia come voce autorevole riportata nella Relazione introduttiva alla legge per sostenere la tesi secondo la quale la rigidità del modello normativo spagnolo sarebbe la causa endemica dei suoi mali occupazionali ed economici (3). Tuttavia, si ha l'impressione che l'Ue e le sue politiche vengano utilizzate in maniera strumentale, solamente quando risultino utili al progetto di riforma del Governo, perché se quest'ultimo avesse voluto prendere sul serio tutti i dettami provenienti dall'Ue, allora avrebbe dovuto essere più attento anche alle recenti posizioni europee rispetto alla partecipazione di tutti gli agenti sociali rappresentativi nei processi di regolamentazione del lavoro, come dimostra anche l'introduzione di un nuovo articolo nel Titolo sulle Politiche sociali del TfUe relativo proprio alla promozione del ruolo delle parti sociali (art. 152). Invece, il Governo spagnolo ha rivolto il proprio ascolto soltanto alle raccomandazioni europee che più gli interessavano, ovvero a quelle

(1) Lo sciopero generale è stato preceduto da intense mobilitazioni il 19 febbraio in risposta alla «urgenza» della norma, il 29 febbraio in occasione della giornata europea contro le misure di austerità e i tagli nei servizi pubblici e le imponenti manifestazioni dell'11 marzo in sessanta città spagnole.

(2) «In modo principale, bisogna sottolineare che la crisi economica iniziata nel 2008 ha fatto della Spagna il paese con il maggior numero di disoccupati dell'Unione europea [...] Manteniamo una percentuale di assunzioni a termine del 25%, molto più alta del resto dei paesi europei, la cui media è del 14%, 11 punti al di sotto di quella spagnola» (*Preámbulo* della legge n. 3/2012).

(3) «La rapidità e intensità nella distruzione di occupazione in Spagna è fondamentalmente dovuta alla rigidità del mercato di lavoro spagnolo, come più volte è stato sottolineato dagli organismi internazionali e dall'Unione europea» (*Preámbulo* della legge n. 3/2012).

di tipo economico e di stampo liberista, per la verità non difficili da trovare nelle dichiarazioni degli esponenti più rappresentativi dell'Ue negli ultimi tempi. «La disoccupazione è aumentata nel 2011 ed è previsto che continui a farlo nel 2012. Le pressioni dei mercati finanziari sulla zona euro e il debito pubblico spagnolo, nonché le raccomandazioni dell'Unione europea (raccolte nella Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 relativa al Programma nazionale di riforma del 2011 attraverso la quale il Consiglio emette un parere sul Programma di stabilità della Spagna per gli anni 2011-2014) rendono imprescindibile affrontare le deficienze strutturali del mercato del lavoro spagnolo e iniziare un processo di recupero dell'economia» (4).

Da questo punto di vista, la legge spagnola si inserisce nel processo di riforma dei mercati del lavoro dei paesi vicini, soprattutto quelli mediterranei, che stanno modificando i loro standard di tutela, adattandoli alle esigenze e alle richieste dei paesi più forti dell'Unione europea, tradotte in norme sulla *governance* economica (5). Invece, se si volge lo sguardo al contesto nazionale, la legge può essere facilmente inquadrata anche in un più ampio processo di riforma del diritto del lavoro spagnolo, che segue quelle già iniziate diversi anni prima e con le quali condivide l'obiettivo di creare nuova occupazione attraverso la consolidata ricetta liberista che passa per la modifica, ovviamente peggiorativa per i lavoratori, delle regole e degli equilibri che erano stati faticosamente raggiunti dopo l'approvazione dello *Estatuto de los Trabajadores* (di seguito *ET*). Dal 1980, anno della sua entrata in vigore, lo Statuto ha subito oltre una dozzina di riforme di diversa portata; quest'ultima è senz'altro di una profondità e gravità senza precedenti, almeno per quel che riguarda l'incisiva restituzione di forme di potere discrezionale, che talvolta sfiorano l'arbitrio, all'imprenditore. Infatti, sorprende l'aggressività con la quale la legge n. 3/2012 ha cancellato gli spazi di partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori nella determinazione delle condizioni di lavoro, scegliendo di attribuirli in via unilaterale all'impresa. Non a caso si è parlato di duplice autoritarismo normativo della riforma, in quanto essa, da un lato, ha ignorato i meccanismi di discussione, dibattito, confronto e trasparenza nella creazione di una norma e, dall'altro, ha imposto l'autorità incontestabile del potere pri-

(4) *Preámbulo* della legge n. 3/2012.

(5) [Http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/programmes/2011_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/programmes/2011_en.htm).

vato imprenditoriale sulle persone (v. *infra*, par. 4) (6). Infatti, con questa riforma, com'è stato autorevolmente scritto, «si cerca di instaurare la concezione dell'impresa come territorio di esclusiva gestione dell'imprenditore, recuperando dal bauletto della memoria la figura dell'imprenditore come "padrone in casa propria" (*Herr im House*), figura legata a concezioni autoritarie dei sistemi di relazioni di lavoro» (7).

2. — Empleo y flexibilidad interna: *i due fili conduttori* — Con più o meno rigore e grazia, tutte le riforme del diritto del lavoro spagnolo, e quindi dello Statuto, hanno cercato di incidere sull'occupazione; per questo motivo, al fine di potere inserire correttamente l'ultima nel quadro giuridico-sindacale spagnolo, può essere necessario ripercorrerne sinteticamente le tappe fondamentali.

Anche negli anni ottanta la situazione occupazionale spagnola era abbastanza grave, in quanto il paese era uscito da poco da una dittatura che aveva lasciato una situazione economica difficile e un tessuto produttivo molto arretrato; a essa seguirono delle scelte legislative che optarono per una politica di creazione dell'impiego basata essenzialmente sulla flessibilizzazione dell'entrata nel mercato del lavoro; esempio evidente fu la legge n. 32/84, che mosse i primi passi nell'intento di generalizzare le assunzioni a tempo determinato, istituendo il *contrato temporal de fomento del empleo* e il *contrato de lanzamiento de nueva actividad*: contratti a tempo determinato che non necessitarono di causa alcuna per poter essere stipulati.

Nel 1992 ancora il Governo socialista ridusse il sussidio in caso di disoccupazione, con il dichiarato intento di incentivare la ricerca di occupazione, ma fu nel 1994 che venne imposta ai sindacati spagnoli una riforma che modificò in senso fortemente flessibile tutta la vita del rapporto di lavoro, dalla nascita sino al recesso, comportando sensibili trasformazioni a quello che era il diritto del lavoro fino allora conosciuto in Spagna. Gli aspetti più rilevanti della riforma ebbero come oggetto il rafforzamento dei poteri imprenditoriali, la legalizzazione della somministrazione di manodopera a tempo determinato, l'ennesimo tentativo di incentivare l'occupazione attraverso i contratti a termi-

(6) A. Baylos Grau, *Crisis y Derecho del trabajo o Derecho del trabajo en crisis. Sobre la reforma laboral española de 2012*, *Insight abril 2012*, in <http://www.insightweb.it/web/>.

(7) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, in *Relaciones Laborales*, 2012, n. 5, p. 24.

ne e l'inizio di un processo, per molti diritti dei lavoratori, di trasferimento dalla fonte legale a quella contrattuale collettiva a diversi livelli.

Per quanto riguarda il rafforzamento dei poteri dell'imprenditore, oltre al primo segnale di una volontà precisa di riduzione delle sanzioni in alcuni casi di licenziamento illegittimo, l'esempio più significativo è certamente costituito dalla riforma dell'istituto della *modificación sustancial de las condiciones de trabajo* (art. 41 *ET*), attraverso il quale l'imprenditore ottenne la possibilità di modificare unilateralmente, durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, alcuni aspetti essenziali della sua disciplina contrattuale come il luogo e l'orario della prestazione.

La legalizzazione della somministrazione di manodopera in Spagna, poi, ha assunto una rilevanza, non solo simbolica, maggiore rispetto ad altri paesi europei perché, a seguito dell'approvazione della legge n. 14/94, si consentì alle imprese di non rispettare alcun obbligo di parità di trattamento retributivo tra i lavoratori dell'impresa utilizzatrice e quelli in missione, la qual cosa, come venne successivamente ammesso addirittura nella *Exposición de Motivos* della legge n. 29/99, che l'ha riformata, ha «costituito il principale incentivo a un notevole uso del lavoro interinale e quindi a una sua utilizzazione distorta come strumento di abbassamento del costo del lavoro e non di soddisfazione di esigenze temporanee delle imprese».

Infine, sotto l'aspetto della promozione dei contratti a tempo determinato, si deve segnalare che, per quanto la promozione dell'occupazione tramite i contratti a termine costituisca un elemento quasi strutturale dell'ordinamento spagnolo, fino al 1994 esso aveva mantenuto nella formulazione dell'art. 15 dell'*ET* un criterio di preferenza per il contratto a tempo pieno e indeterminato. Invece, nel 1994 si decise di riformare il *contrato temporal de fomento del empleo* e di modificare la dizione stessa dell'art. 15.1 dell'*ET*, facendo cadere così anche l'ultimo baluardo e l'ultimo giudizio di valore da parte del legislatore spagnolo nella scelta tra il lavoro stabile e quello a termine. Questi tre decenni in cui si è scommesso sui contratti a termine come volano per la creazione di occupazione hanno lasciato tracce sensibili sul mercato del lavoro spagnolo, che soffre di altissimi livelli di precarietà: infatti, se, da un lato, le nuove assunzioni si sono incanalate quasi esclusivamente in forme contrattuali a termine, dall'altro, è stata frequente la condotta imprenditoriale tendente alla sostituzione di lavoratori stabili da parte di prestatori assunti a tempo determinato. A ciò si aggiungano altri aspetti negativi della precarietà occupazionale, come l'eccessiva rotazione della manodopera, con il conseguente aumento degli incidenti sui

luoghi di lavoro e un minor esercizio della libertà sindacale da parte dei lavoratori a termine.

Non è da escludere che proprio la riforma del 1994 possa aver costituito uno dei fattori della sconfitta elettorale del 1996 del Partito Socialista; ciononostante, iniziò un periodo di sviluppo della concertazione difficilmente pronosticabile al momento dell'insediamento del primo Governo della destra post-franchista. Uno dei frutti più rilevanti di questo periodo di negoziazione fu certamente l'Accordo di aprile 1997 sulla *estabilidad en el empleo*, che portò alla creazione del *contrato para el fomento de la contratación indefinida*. Tale contratto doveva fungere da strumento destinato a promuovere le assunzioni a tempo indeterminato mediante una riduzione del risarcimento previsto in alcune ipotesi di licenziamento privo di giusta causa. L'intera riforma del 1997 girava proprio intorno alla sostituzione del *contrato temporal de fomento del empleo* a opera di quello *para el fomento de la contratación indefinida*; tale contratto aveva tutte le caratteristiche del classico contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, differenziandosi da esso per la diminuzione del risarcimento che il datore doveva pagare al lavoratore in caso di licenziamento *por causas objetivas* illegittimo.

Esemplare è la vicenda che ha seguito l'istituzione del *contrato para el fomento de la contratación indefinida* (quello caratterizzato da un minore risarcimento in caso di licenziamento illegittimo), che può servire da monito anche per leggere quanto sta accadendo attualmente in Italia, in una situazione politica oggi assai simile. Infatti, questa nuova tipologia contrattuale – come anticipato – fu imposta normativamente come una misura di carattere sperimentale, la cui proroga doveva essere valutata dal Governo e dalle parti sociali una volta trascorsi quattro anni dalla sua approvazione, al fine di analizzarne gli effetti e proporle, di conseguenza, l'abrogazione o, appunto, la conferma. Proprio tale necessità di rivedere la disciplina del *contrato para el fomento de la contratación indefinida* è all'origine della riforma effettuata con la legge n. 12/2001; a differenza di quanto avvenne nel 1997, e di quanto era stato promesso in quella sede, la riforma del 2001 non è stata approvata con il consenso delle parti sociali, ma è stata frutto della volontà unilaterale del Governo, che ha anche approfittato della rottura dell'unità sindacale sulle modalità di opporsi a essa. Inoltre, solo un anno dopo, nel 2002 una nuova riforma velocizzò e ridusse notevolmente le formalità per l'atto di licenziamento, al punto che venne denominato subito *despido express*, sopprimendo nella pratica i cd. «*salarios de tramitación*», cioè le retribuzioni che spettano al lavoratore dal momento del licenziamento a quello della sentenza.

La scelta di ridurre le sanzioni in caso di licenziamento illegittimo, soprattutto per quei licenziamenti che non hanno a che vedere con la persona del lavoratore, è tornata di attualità in Italia con quindici anni di ritardo rispetto alla vicenda spagnola, con la recente riforma Monti-Fornero, legge n. 92/2012, che è riuscita laddove avevano fallito in varie occasioni i governi Berlusconi, ovvero modificare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Il paragone tra la riforma italiana del 2012 e quella spagnola iniziata nel 1997 non sembra forzato perché anche in quel caso la riforma era parziale, riguardando solamente alcune ipotesi di recesso, e interveniva sul sistema sanzionatorio che opera in caso di licenziamento illegittimo. A tal fine, può essere interessante notare come l'indiretta conseguenza della riduzione dell'indennizzo solamente per i licenziamenti *por causas objetivas* è stata la perdita di centralità di quelli disciplinari che, da sempre, anche in Spagna hanno costituito il paradigma regolativo della fattispecie. È chiaro, infatti, che, in ipotesi di dubbia legittimità di un licenziamento per motivi disciplinari, l'imprenditore ha preferito addurre ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive che, nel peggiore dei casi, lo costringono al pagamento di un indennizzo, anche più basso (8).

Le riforme del Governo del Partito Socialista che si sono susseguite dal 2006 al 2011 hanno cercato, almeno nella prima legislatura e in una situazione economica comunque più florida di quella attuale, soprattutto di limitare l'abuso dei contratti a termine, fino al *Real Decreto-ley n. 10/2010, de 16 de junio* che, a seguito della crisi finanziaria ed economica nella quale è caduto il paese, ha inciso sia sull'entrata sia sull'uscita dal mercato del lavoro, fissando una durata massima di tre anni alla disciplina del contratto a termine di gran lunga più utilizzato, quello *de obra o servicio determinado*, ma anche rendendo più semplice la possibilità di rescindere il contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo.

Da questo sintetico *excursus* emerge come, in tutte le occasioni, la *Exposición de Motivos* delle leggi riformatrici ha fatto un riferimento più o meno diretto all'occupazione quale obiettivo della riforma. Nel 1984 si sosteneva che la proliferazione di nuove modalità contrattuali a termine avrebbe potuto portare a ridurre l'insicurezza imprenditoriale generata dalla legislazione allora in vigore, e contribuire così a creare *empleo*, rendendo più facile l'accesso dei giovani al lavoro. Dieci anni do-

(8) Come era stato ampiamente previsto da M. Rodríguez-Piñero, *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo*, in *Relaciones Laborales*, 1997, n. 9, p. 12.

po, nel 1994, le colpe venivano attribuite alla gravità della situazione economica e all'aumento della disoccupazione: fattori che «obbligavano» il Governo a operare una riforma profonda per potenziare la capacità dell'economia di creare *empleo*. Anche nel 1997, sotto un Governo di destra, non si è potuto fare a meno di fare riferimento ai gravi problemi di disoccupazione, di precarietà e di rotazione dell'*empleo* che «imponavano» una riforma drastica del diritto del lavoro. Durante il primo decennio del nuovo secolo, in piena crescita economica del paese, era comunque necessario migliorare la stabilità dell'*empleo* (2001), oppure ridurre la disoccupazione e l'alto tasso di contratti a termine (2006). È evidente che ci troviamo di fronte a un'idea fissa, a qualcosa che sfiora la mania persecutoria, ovvero credere che i problemi del mercato del lavoro spagnolo si possano spiegare completamente all'interno della disciplina del diritto del lavoro; la colpevolizzazione della nostra materia costituisce, com'è noto, un *refrain* non solo spagnolo e sembra ogni giorno di più un'idea che non può essere criticata, nonostante la povertà dei risultati ottenuti da questo tipo di riforme sul piano occupazionale (9). Probabilmente, com'è stato scritto, «nella riforma continua c'è il riconoscimento stesso della sua sconfitta» (10).

Nonostante questo torbido rapporto di causa-effetto tra occupazione e riforma del diritto del lavoro, la legge n. 3/2012 si inserisce a pieno titolo in questa logica, e già nelle prime righe del *Preámbulo* parte da un dato, quello della disoccupazione attuale, che sfiora quasi il 25% della popolazione attiva. Questa situazione, negativa per tutti e drammatica per alcune categorie come i giovani – con una disoccupazione del 50% –, secondo il Governo, «mette in evidenza l'insostenibilità del modello giuridico che ha bisogno di una riforma profonda [...] attraverso questa legge che cerca di creare le condizioni necessarie per cui l'economia spagnola possa creare *empleo* e generare la sicurezza necessaria per i lavoratori e per gli imprenditori, per i mercati e gli investitori». Quindi anche quest'ultima normativa cerca di rispondere alla problematica della disoccupazione, accentuata nella situazione di crisi attuale, (ri)toccando alcuni istituti fondamentali del diritto del lavoro nel senso di renderli adattabili alle esigenze delle aziende, che in questo modo non troveranno altri ostacoli, e ci auguriamo neppure altri alibi,

(9) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, op. cit., p. 2.

(10) M.E. Casas Baamonde, *Lección Magistral con ocasión de su nombramiento doctor honoris causa por la Universidad Carlos III de Madrid*, Getafe, 27 gennaio 2012.

per la creazione di occupazione. L'obiettivo è l'occupazione, e non più il lavoro, come viene dimostrato anche, sia pure solo da un punto di vista simbolico, dalla trasformazione della denominazione del ministero del Lavoro in ministero dell'*Empleo*.

Se la creazione di *empleo* è il ritornello più sentito nelle riforme del lavoro spagnole e di molti altri paesi europei e, quindi, da questo punto di vista c'è una possibile continuità tra di loro, anche la ricerca insistente di flessibilità interna al rapporto di lavoro è una costante iberica dagli anni novanta in poi. La ragione di questa insistenza, si diceva già allora, era quella di permettere alle imprese tutte le possibili manovre di aggiustamento, adattamento e perfino cambiamenti delle condizioni del rapporto di lavoro quali meccanismi alternativi al licenziamento. La formula presentata dai legislatori delle riforme è tanto banale quanto (si dimostrerà) fasulla: più flessibilità interna e meno esterna. Si potrebbe pensare a una mossa molto coerente con la reiterata preoccupazione relativa al livello di occupazione nazionale, non tanto per quanto riguarda la creazione ma il suo mantenimento: si rende il rapporto flessibile, adattabile ai cambiamenti, per mantenerlo stabile nel tempo. Flessibilità interna in cambio di quella esterna che porta alla distruzione dell'occupazione esistente. Si potrebbe pensare così, si diceva, se non fosse che simultaneamente si rende anche il licenziamento più flessibile e agevole e, quindi, la via d'uscita dal rapporto, indipendentemente da una causa legittima, più liberamente percorribile (v. *infra*, par. 3). Inoltre, gli strumenti rivolti alla flessibilità interna al rapporto sono talmente eterogenei e sproporzionati che fanno pensare non solo a una flessibilità fine a se stessa, e non funzionale al mantenimento dell'impiego, ma a una ossessiva ricerca di essa come pretesto per modificare alcuni aspetti fondamentali del diritto del lavoro, come il rapporto tra le fonti e, in particolare, tra contratti collettivi o quello tra essi e il contratto di lavoro.

Come vedremo tra breve, sono quattro i gruppi di misure rivolte ad aumentare la flessibilità interna delle imprese nelle spiegazioni contenute nel *Preámbulo*: i sistemi di classificazione professionale avranno come unico riferimento il gruppo, e non più la categoria professionale, nozione che viene eliminata dal sistema normativo; la disciplina della modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro da parte dell'imprenditore viene semplificata (v. *infra*, par. 4); anche le discipline della sospensione del contratto e della riduzione dell'orario di lavoro per ragioni oggettive vengono semplificate, eliminando l'intervento pubblico, e vengono rafforzate quali misure alternative al licenziamento; in mate-

ria di contrattazione collettiva si attribuisce priorità al contratto aziendale mediante la modifica dei vincoli legali in tema di struttura della contrattazione collettiva e attraverso la facilitazione del *descuelgue* (v. *infra*, par. 3). Forse, come si vedrà, questa del *descuelgue* è la via più tortuosa tra tutte quelle transitate dalla riforma per consolidare l'azienda come luogo protagonista nella regolamentazione delle condizioni di lavoro, ma certamente l'aumento della flessibilità interna è passato anche attraverso la deroga del contratto collettivo, che, secondo l'esplicita intenzione del legislatore nel *Preámbulo*, non costituirà più «un ostacolo per adattare le condizioni di lavoro alle concrete circostanze dell'azienda».

3. — Convenio de empresa y despido: *in sintonia con il contesto europeo* — Nel sistema delle fonti dell'autonomia collettiva, che vede una regolazione eteronoma molto estesa, una certa priorità attribuita al contratto aziendale come strumento di regolazione delle condizioni di lavoro costituisce ormai una realtà nel diritto del lavoro spagnolo. La riforma appena approvata ha, tuttavia, ulteriormente consolidato una tendenza già iniziata anni prima in Spagna, come in molti paesi vicini. Un contratto collettivo agile e facilmente adattabile alle circostanze dell'impresa, come quello aziendale, e un licenziamento a «buon mercato» sono i due ingredienti che stanno accompagnando tutte le ricette che l'Europa offre ai suoi Stati membri per uscire dalla crisi (11). L'applicazione di questa ricetta liberista in salsa spagnola si è mossa su vari piani.

Per quanto riguarda il contratto aziendale, l'istituto del *descuelgue* viene unificato (prima era regolato da due norme: art. 41.6 e 82.3 dell'*ET*) (12) e modificato con la nuova redazione dell'articolo 82.3 dell'*ET*; tale istituto permette all'impresa di disapplicare il contratto collettivo per numerose materie e non per un periodo di tempo determinato, bensì in maniera permanente o finché non venga stipulato un nuovo contratto collettivo. La possibilità di utilizzare il *descuelgue* è condizionato alla «classica» clausola generale che richiede la sussistenza di ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive. Per ragioni economiche

(11) [Http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/programmes/2011_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/convergence/programmes/2011_en.htm).

(12) «Apparentemente si presenta esclusivamente come una alterazione dell'ubicazione sistematica, ma in realtà ha una portata di maggior intensità», J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 235.

si specifica che deve trattarsi di una situazione negativa dovuta a perdite attuali o previste o a una diminuzione costante delle entrate, che, per essere tale, deve essersi prodotta per due soli trimestri consecutivi. Le ragioni tecniche sono quelle che riguardano cambiamenti nell'ambito di mezzi e strumenti della produzione; quelle organizzative hanno a che vedere con modifiche, ad esempio, nell'ambito dei sistemi e metodi di lavoro del personale o nel modo di organizzare la produzione; infine, le cause produttive possono riguardare vicende di mercato quali la domanda dei prodotti o servizi che l'azienda cerca di collocare.

Com'è agevole da notare, queste ipotesi sono talmente ampie e generiche da far ritenere che l'impresa, pur rientrando nel campo di applicazione di un contratto collettivo, possa negoziare praticamente sempre delle nuove condizioni di lavoro con i rappresentanti dei lavoratori o, in loro assenza, con gruppi di lavoratori scelti da e tra gli stessi lavoratori. Le nuove condizioni di lavoro possono riguardare: l'orario di lavoro, sia il numero di ore sia la loro distribuzione; il lavoro a turni; la struttura e il *quantum* della retribuzione; il rendimento e le mansioni. Insomma, le condizioni fondamentali del rapporto di lavoro possono essere disciplinate da un accordo di impresa in deroga al contratto collettivo fino ad allora applicabile, se si trova in una delle cause oggettive accennate sopra. Le cause sono state notevolmente ampliate al fine di garantire un quasi quotidiano adattamento delle condizioni di lavoro alle richieste della competitività dei mercati e della produttività imprenditoriale (13). Nel caso in cui si raggiungesse l'accordo con i rappresentanti o con la commissione designata *ad hoc*, tale accordo potrebbe essere impugnato davanti al Tribunale del lavoro soltanto nel caso di frode, dolo o abuso nella sua stipulazione. Se, invece, una volta iniziate le trattative non viene raggiunto un accordo, gli elementi di disaccordo tra le parti possono essere sottoposti a una commissione paritaria creata dal contratto collettivo al quale si vuole derogare o a un organismo amministrativo (*la Comisión consultiva de convenios colectivos*). Questa ultima tappa della procedura è stata fortemente criticata in dottrina, in quanto sembrerebbe aprire le porte a una imposizione legale, anche se camuffata, di un arbitrato obbligatorio avente carattere pubblicistico (14).

(13) J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*, *op. cit.*, p. 237.

(14) J. Cruz Villalón, *El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012*, *op. cit.*, pp. 239-243.

Se la prassi del *descuelgue* va nella direzione di permettere a un accordo aziendale di sostituire il contratto applicabile quando ci siano delle cause economiche, tecniche, organizzative o produttive, definendo tali cause in modo ampio, flessibile e condiscendente con le esigenze aziendali, l'altra modalità scelta per porre al centro del sistema la contrattazione collettiva decentrata per eccellenza, quella aziendale, si è materializzata nella modifica delle poche ma fondamentali regole concernenti la struttura della contrattazione contenute nell'*ET*. In quest'occasione, la modifica della norma statutaria è stata operata tecnicamente in maniera molto semplice: si è aggiunta una frase in un punto e tolta una in un altro. In realtà, questa tecnica è molto usata da questa riforma che, com'è stato scritto, «sembra essere una sorta di “gioco di togli e metti”, come quello del Mago Merlino e la famiglia, del grande scrittore di favole Alvaro Cunqueiro, al servizio della creazione di occupazione» (15). E così, per quanto riguarda la struttura contrattuale, la norma prima della riforma riconosceva competenza sulla questione alle organizzazioni più rappresentative attraverso un rinvio agli accordi stipulati al riguardo. Infatti, le norme sulla struttura della contrattazione in Spagna sono contenute in accordi interprofessionali che, con una certa periodicità, vengono stipulati dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali più rappresentative; e solo in assenza di un accordo al riguardo, il contratto aziendale si era guadagnato una certa priorità.

La stipulazione del II Accordo per l'occupazione e la contrattazione collettiva per il biennio 2012-2014 da parte delle due confederazioni sindacali maggiormente rappresentative (Ccoo e Ugt) e di quelle imprenditoriali per la grande, piccola e media impresa (Ceoce-Cepyme) aveva proprio l'obiettivo di collocare la contrattazione collettiva come strumento prioritario nella regolamentazione del rapporto di lavoro e di darsi delle regole nella struttura della contrattazione (16). La nuova redazione dell'articolo 84 dell'*ET* mette in discussione il patto tra le parti sociali (17) con la sola cancellazione del richiamo agli accordi in-

(15) M.E. Casas Baamonde, *Leción Magistral con ocasión de su nombramiento doctor honoris causa por la Universidad Carlos III de Madrid*, Getafe, 27 gennaio 2012.

(16) Sul rapporto di questo accordo con la riforma della struttura contrattazione collettiva vedi A. Merino Segovia, *La reforma de la negociación colectiva en el RD-L n. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, pp. 249 ss.

(17) A. Merino Segovia, *La reforma de la negociación colectiva en el RD-L n. 3/2012...*, *op. cit.*, p. 255; M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, *op. cit.*, p. 5.

terprofessionali come fonte primaria nella disciplina della struttura, per concedere la priorità assoluta al contratto aziendale rispetto a quelli di ambito superiore. Una modificazione molto semplice, appunto, ma che comporta l'alterazione radicale di un modello di contrattazione collettiva che si basava sull'autonomia e il potere contrattuale del soggetto collettivo (18). Con questo gesto tanto semplice quanto brutale, il contratto aziendale guadagna a livello normativo la priorità rispetto ai contratti di categoria in materie cruciali come la retribuzione, l'orario, le ferie, i sistemi di classificazione professionale, le modalità di assunzione e le misure di conciliazione tra lavoro e vita familiare.

La priorità applicativa concessa senza limite alcuno ai contratti aziendali «è espressione di una decisa opzione di politica del diritto: il contratto collettivo si pone al servizio degli interessi imprenditoriali e, come tale, è sostituibile o modificabile secondo la volontà datoriale» (19). Anche perché «l'alternativa legale a favore del decentramento senza condizioni porta con sé una trappola evidente perché la mancanza di rappresentanti in gran parte delle aziende e la debolezza rappresentativa in altre, può canalizzare, nel peggiore dei casi, una imposizione delle condizioni da parte del imprenditore» (20).

Questo rischio è stato ulteriormente acuito dalla fissazione di un limite temporale all'ultrattività del contratto collettivo, scaduto il quale viene a mancare del tutto una regolazione dell'autonomia collettiva per l'ambito di applicazione del contratto stesso. In un primo momento, il termine di durata dell'ultrattività del contratto era stato fissato in due anni dalla scadenza, ma, durante l'esame al Senato del decreto, è stato effettuato un emendamento che ha ulteriormente ridotto il termine a un solo anno, dopo di che i lavoratori avranno come unica fonte di regolazione del loro rapporto di lavoro quella del contratto individuale.

3.1. — *Un licenziamento più facile ed economico* — Per quanto riguarda il licenziamento, la norma riformatrice spiega nel suo *Preámbulo* che la ragione per cui sceglie di affrontare una modifica della disciplina dei licenziamenti risiede nella dualità del mercato del lavoro che l'attuale

(18) A. Merino Segovia, *La reforma de la negociación colectiva en el RD-L n. 3/2012...*, *op. cit.*, p. 255.

(19) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, *op. cit.*, p. 25.

(20) A. Merino Segovia, *La reforma de la negociación colectiva en el RD-L n. 3/2012...*, *op. cit.*, p. 256.

normativa provocherebbe e che vede alcuni lavoratori – ad esempio, i lavoratori con contratto a tempo determinato o titolari del *contrato de fomento de la contratación indefinida*, abrogato dalla legge n. 3/2012 – con una tutela contro la risoluzione ingiustificata del loro contratto inferiore a quella dei lavoratori a tempo indeterminato o dei lavoratori standard. Davanti a questa dualità di tutela, con un tipico ragionamento argomentativo che parte dalla ormai abusata distinzione tra *insider* e *outsider* nel mercato del lavoro, l'opzione normativa scelta è stata, come sempre in questi casi, quella di avvicinarli riducendo la tutela dei lavoratori forti attraverso una disciplina del licenziamento che lo renda di più facile attuazione per l'imprenditore. Ovviamente, nessuno tra i redattori della norma si è posto la questione per cui in questo modo si facilita la distruzione dell'occupazione esistente, la qual cosa smentisce la preoccupazione della legge n. 3/2012 rispetto al livello nazionale di *empleo*, venendo meno la formula a esso rivolta: più flessibilità interna come meccanismo alternativo a quella esterna, al licenziamento.

In effetti, la disciplina ora vigente del licenziamento ha determinato un ulteriore alleggerimento, rispetto al passato, del costo economico del licenziamento (21), delle cause che lo legittimano e dei controlli su tali cause, avendo alcuni aspetti in comune con la recente riforma italiana dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Per quanto riguarda il costo economico, l'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo passa da 45 giorni di salario per ogni anno di lavoro del prestatore nell'azienda, con un limite massimo di 42 mensilità, a 33 giorni con un limite massimo di 24 mensilità. Questo approccio è stato giustamente criticato anche in dottrina dal punto di vista dell'effettività, cioè dei risultati ottenuti, poiché durante il mese di marzo si sono registrati in Spagna 98.485 assunzioni a tempo indeterminato, che rappresentano il 9,59% di tutti i contratti, e quindi «la riduzione dei costi non è servita a deviare la fortissima tendenza degli imprenditori spagnoli a ricorrere ai contratti a tempo determinato piuttosto che a quelli a tempo indeterminato» (22).

In secondo luogo, alcune delle cause che consentono di licenziare

(21) Per un'analisi critica di questo approccio, M.F. Fernández López, *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, pp. 199 ss.

(22) M.F. Fernández López, *La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes*, *op. cit.*, pp. 207-208.

legittimamente sono state riscritte in modo più blando (23). Così, con la stessa formula utilizzata per il *descuelgue* riportata sopra, esistono cause economiche per procedere al licenziamento oggettivo quando sussista una situazione economica negativa dovuta a perdite attuali o previste o a una diminuzione costante delle entrate; in questa ipotesi si intende che la diminuzione è costante se si produce per tre trimestri consecutivi e, quindi, se per nove mesi c'è una situazione di una certa stabilità – né entrate, né perdite – è possibile comunque licenziare con un indennizzo di soli 20 giorni.

Infine, i controlli esterni sulla decisione di licenziare vengono profondamente ridotti: da un lato, viene eliminato il controllo amministrativo sui licenziamenti collettivi – il cd. *expediente de regulación de empleo* –, che costituiva il controllo per eccellenza per la fattispecie nell'ordinamento spagnolo; dall'altro, la definizione ampia e generica delle cause economiche, tecniche, organizzative e produttive rendono difficile un controllo giudiziario sul nesso di causalità e sulla proporzionalità della causa allegata dal datore di lavoro (24).

Bisogna aggiungere che, oltre al licenziamento nel lavoro privato, anche nel lavoro pubblico sono state introdotte delle agevolazioni per rescindere il contratto del personale che ha un rapporto di lavoro avente natura privatistica con l'amministrazione, e cercare così di mantenere le promesse fatte nei confronti dell'Ue, che ha chiesto la riduzione della spesa pubblica, nella specie attraverso la riduzione del numero di funzionari, in cambio del finanziamento e la ricapitalizzazione delle banche. Ma questa è una vicenda tutta *made in Spain* (25).

4. — *Modificación – sustancial y no – de las condiciones de trabajo: il cuore dei poteri imprenditoriali* — «La differenza tra le altre riforme e questa riguarda essenzialmente il grado di intensità del rafforzamento dei poteri imprenditoriali che hanno perseguito. Sebbene il nuovo programma regolatore incida sugli stessi temi delle riforme precedenti, quest'ultima va oltre, superando le “frontiere invalicabili” che il Go-

(23) Sulle cause, v. J. Aparicio Tovar, *Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, in *Revista de Derecho Social*, n. 57, 2012, pp. 145 ss.

(24) J. Aparicio Tovar, *Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa*, *op. cit.*, pp. 160-165.

(25) Su questo aspetto, v. F.J. Trillo Párraga, *El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, in *Revista de Derecho Social*, n. 57, 2012, pp. 165-182.

verno precedente aveva disegnato» (26) e che pure i Governi anteriori avevano sempre rispettato, cercando di non alterare l'equilibrio – già sufficientemente squilibrato a sfavore del lavoratore – uscito dalla profonda riforma del 1994 che aveva rivoluzionato l'intero *Estatuto de los Trabajadores* introducendo delle dosi di flessibilità interna fino allora sconosciute. Anche in quella occasione il cuore dei poteri imprenditoriali fu esteso in modo molto netto, determinando la restituzione al datore di lavoro di spazi di azione più ampi durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. Questo fenomeno si sviluppò, fondamentalmente, sia alleggerendo i requisiti necessari per la legittimità della decisione imprenditoriale di trasferimento dei lavoratori, attraverso l'eliminazione tanto dell'intervento dell'organo amministrativo quanto dell'obbligo di raggiungere un accordo con le rappresentanze aziendali nei casi di trasferimenti collettivi, sia attraverso la riscrittura dell'art. 41 *ET*, che disciplina la *modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, ovvero la possibilità di cui gode l'imprenditore di modificare in maniera definitiva le condizioni essenziali del rapporto di lavoro. Tale riforma rese molto più agevole l'utilizzo di questo strumento di adattabilità della forza lavoro alle esigenze organizzative, rafforzando gli strumenti posti a disposizione dell'imprenditore e provocando una vera e propria trasformazione della filosofia dell'*ET*, che è giunta fino al punto di mettere in discussione la stessa funzione istituzionale del contratto di lavoro, attraverso un'operazione apparentemente contraddittoria di rafforzamento/indebolimento di esso; si affermò, infatti, che la sostanziale riforma dei poteri dell'imprenditore poteva far pensare a una riformulazione del loro fondamento non più contrattuale, ma bensì organizzativo, data l'estensione dello spazio di esercizio, l'elasticità delle giustificazioni e la varietà dei fini con essi perseguiti (27).

Il punto di partenza della riforma attuale è, quindi, già molto avanzato e, nonostante l'amplissimo margine di azione, i poteri dell'imprenditore sono stati generosamente riscritti dalla norma riformatrice, che restituisce ulteriori spazi di decisione unilaterale al titolare dell'impresa. In primo luogo, come si è detto precedentemente, è stato ristrutturato

(26) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, op. cit., p. 4.

(27) F.J. Matia Prim, *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, in F. Valdés Dal-Ré, *La reforma laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 16, e M.T. Conde-Pumpido Tourón, *El nuevo poder de dirección del empresario*, in R. Bodas Martín (coord.), *El poder de dirección del empresario*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1997.

il sistema di classificazione professionale, eliminando la categoria professionale dall'assetto normativo. Sebbene la semplice scomparsa dalla legge della categoria professionale potrebbe essere interpretata come un gesto di recepimento della prassi contrattuale, la sua abrogazione implica un'apertura dello spazio in cui il potere direttivo si può liberamente muovere senza dover osservare vincoli normativi se non quello, appunto, di muoversi all'interno della più ampia nozione di gruppo. L'ordinario potere dell'imprenditore trova un più ampio margine di azione non tanto a seguito dell'eliminazione della categoria come elemento di riferimento e la sostituzione con il gruppo nell'esercizio del suo potere, già consolidato nella prassi contrattuale, e nemmeno a causa della conseguente cancellazione del criterio dell'equivalenza tra categorie, tendente a circoscrivere all'interno del gruppo la tutela della professionalità del lavoratore; o neanche perché la più ampia nozione di gruppo senza l'ulteriore correzione dell'equivalenza professionale rappresenta la prima delle aperture a un potere che esce profondamente rafforzato da questa riforma. Non è per tutto questo – o meglio, perché tutto questo risponde a un nuovo modo di concepire e di configurare i sistemi di classificazione professionale e, quindi, di fissare l'obbligo fondamentale del lavoratore – che i limiti ai poteri dell'imprenditore diventano più labili. Infatti, il punto di partenza, il lavoro convenuto, ha nuove dimensioni, e nuovo e più esteso è l'oggetto della prestazione di lavoro (28).

Non solo il potere direttivo, ma soprattutto le altre facoltà straordinarie, come la *movilidad funcional*, la *modificación sustancial* e la *movilidad geográfica*, vengono rafforzate (29). Per quanto riguarda la *movilidad funcional*, o *ius variandi*, l'attuale art. 39 viene riscritto con un solo apparente spostamento interno dei paragrafi, ma in realtà nel fare questa alterazione della struttura della norma sono state soppresse alcune garanzie e limiti fondamentali che rendono il suo esercizio da parte del datore più libero e quindi più incisivo. Rispetto alle prime, scompare il riferimento alla tutela della dignità e formazione professionale del lavoratore. Infatti, il vecchio paragrafo secondo cominciava sostenendo che la *movilidad funcional* doveva essere esercitata senza incidere sulla dignità del lavoratore e sulla sua possibilità di formazione e sviluppo professionale.

(28) B. Valdés de la Vega, *El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 117.

(29) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, *op. cit.*, p. 29.

Questa cancellazione risulta abbastanza eloquente del carattere indelicato della riforma che calpesta i diritti fondamentali del lavoratore; essi, pur mantenendo un fondamento costituzionale, perdono comunque un richiamo giuridico sul piano più concreto e immediato dell'esercizio del potere. L'eliminazione della dignità e della professionalità dei lavoratori come aspetti fondamentali del loro patrimonio giuridico messi in pericolo dallo *ius variandi* comporta l'eliminazione del riferimento esplicito all'altro elemento coinvolto nell'equilibrio del gioco (30). Anche questa eliminazione risponde al carattere di una riforma che ridefinisce e rompe equilibri e coerenze consolidati nel rapporto di lavoro (31).

Per quanto riguarda la rimozione di limiti, invece, la nuova norma ritocca soprattutto la versione discendente di questo potere, la mobilità verso il basso, che può essere esercitato per le stesse ragioni di quello ascendente – per ragioni di carattere tecnico e organizzativo – senza che la nuova stesura della norma richieda la sussistenza di necessità perentorie e imprevedibili dell'organizzazione produttiva. Le restrizioni ulteriori richieste dalla redazione precedente per l'esercizio dello *ius variandi* avevano il chiaro scopo di tutelare diritti fondamentali del lavoratore che, con l'espletamento di mansioni inferiori, sono più facilmente danneggiabili (32).

Per la *modificación sustancial*, i cambiamenti sono stati ancora più intensi e riguardano l'ambito di applicazione, le cause e la procedimentalizzazione dell'esercizio di questo incisivo potere di modificare in maniera sostanziale – profonda e definitiva – le condizioni stipulate nel contratto di lavoro. Il risultato finale è una semplificazione della disciplina – come è scritto nel *Preámbulo* – rivolta, nuovamente, a renderne più facile l'esercizio. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, va segnalata una rottura radicale rispetto alla disciplina precedente (33): la classica differenziazione tra modificazione collettiva e individuale basata sulla natura della fonte regolatrice della condizione da modificare

(30) B. Valdés de la Vega, *El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional*, op. cit., p. 123.

(31) «La riforma del 2012 significa la rottura degli equilibri organizzativi e collettivi e l'esaltazione del potere privato»: A. Baylos Grau, *Crisis y Derecho del Trabajo o Derecho del Trabajo en crisis. Sobre la reforma laboral española de 2012*, p. 9.

(32) B. Valdés de la Vega, *El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional*, op. cit., p. 123.

(33) Cosí, W. Sanguineti Raymond, *La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 132.

– appunto di carattere collettiva o individuale (34) – viene cancellata, lasciando come unico criterio quello della soglia dei lavoratori che subiscono la modificazione. Così, se la condizione da modificare è prevista da un contratto collettivo ma riguarda un numero di lavoratori inferiore alla soglia prevista dalla legge, la modificazione viene considerata individuale. È stato, inoltre, esteso il numero di modificazioni individuali che, ovviamente, hanno un *iter* procedurale molto più snello. In questo modo la procedimentalizzazione viene ridimensionata: solo le modificazioni collettive devono seguire un percorso procedurale che vede i rappresentanti dei lavoratori come titolari di un diritto a essere consultati. In definitiva, la riformulazione dell'ambito di applicazione delle modificazioni sostanziali ha un impatto significativo sulla procedimentalizzazione del potere, che vede profondamente ridotti gli elementi che possono condizionarne l'esercizio (35). E non solo. Ha un impatto notevole sugli spazi di partecipazione dei rappresentanti sindacali, ai quali viene espropriata la possibilità di intervenire sulla determinazione e portata della modificazione da affrontare.

Inoltre, le condizioni oggetto di modificazione di questa portata, che sono elencate dalla legge (orario, tempo di lavoro e sua distribuzione; lavoro a turni; sistema di retribuzione; sistema di rendimento; mansioni), sono state arricchite dal nuovo elemento, molto criticato nel dibattito precedente all'approvazione della legge, ovvero il *quantum* della retribuzione. In questo modo, il legislatore ha voluto risolvere a modo suo il dibattito emerso nella dottrina e giurisprudenza relativo al carattere tassativo o esemplificativo della lista, che in realtà si era concentrato proprio su questo aspetto della retribuzione.

Per quanto riguarda le cause che ne rendono legittimo l'esercizio, sia nel caso della *modificación sustancial* sia della *movilidad geográfica*, ovvero la possibilità che ha l'imprenditore di trasferire – in via temporanea o definitiva – un lavoratore da un luogo a un altro, siamo di fronte alle solite ragioni di carattere economico, organizzativo, tecnico e produttivo,

(34) Sono di carattere collettivo le modifiche delle condizioni riconosciute ai lavoratori in accordi o patti collettivi, ma anche in decisioni unilaterali di effetti collettivi. Sono di carattere individuale le modifiche delle condizioni di cui sono beneficiari a titolo individuale. Nonostante questo, non sono considerate collettive quelle modifiche che riguardino orario e mansioni (vecchio art. 41.2 ET).

Risulta evidente che la maggior parte delle modifiche erano considerate di natura collettiva poiché le fonti generali di regolamentazione sono di natura tale.

(35) W. Sanguinetti Raymond, *La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes*, op. cit., p. 133.

che si presentano, a giudizio della norma riformatrice, quando siano collegate alla competitività, alla produttività o alla organizzazione tecnica del lavoro. L'introduzione di tale criterio, enormemente vago e vincolato a fattori economici generici ed esogeni all'attività dell'impresa, rischia di provocare un uso autoreferenziale dei poteri di modificazione sostanziale della prestazione di lavoro in quanto il controllo del potere imprenditoriale è rimesso nelle mani dello stesso datore di lavoro.

5. — El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores *oppure un anno di periodo di prova* — «Le aziende con meno di cinquanta lavoratori sono il 99,23% delle aziende spagnole. La riforma cerca di facilitare l'assunzione dei lavoratori da parte di queste aziende che rappresentano la maggior parte del tessuto produttivo della Spagna. A questo fine si crea una nuova modalità di contratto di lavoro a tempo indeterminato di cui potranno fare uso solo le aziende che abbiano meno di cinquanta lavoratori e che, nonostante la situazione di crisi economica, scommettano sulla creazione di occupazione» (36).

La prima cosa che sorprende è il nome: un contratto di lavoro *de apoyo a los emprendedores*, cioè di sostegno agli imprenditori, si potrebbe tradurre. Anche se in spagnolo la parola *empresario* ha una connotazione più positiva, di soggetto attivo e innovatore, rispetto al termine *empresario* (di solito tradotto come imprenditore), probabilmente essa viene utilizzata per mascherare una realtà molto diversa dove l'impresa si sfuma e diventa gassosa (37). Ma la cosa veramente sorprendente è che il contratto di lavoro diventa, in modo esplicito, uno strumento unilaterale volto a sostenere gli interessi dell'impresa. I termini, in questo caso, evocano l'idea secondo cui il contratto individuale di lavoro è funzionale agli interessi di una sola delle parti, l'imprenditore o *empresario*, rifiutandone la logica bilaterale che, almeno formalmente, ne riconosceva l'utilità a soddisfare gli interessi di entrambe le parti contrattuali. Il nuovo contratto di lavoro serve invece a sostenere soltanto le imprese: quelle imprese che vogliono veramente scommettere per l'occupazione stabile.

Come si vuole raggiungere lo scopo di creare occupazione stabile? In cosa consiste esattamente questa nuova modalità di contratto di lavoro a tempo indeterminato *de apoyo a los emprendedores*? La legge n.

(36) *Preámbulo* della legge n. 3/2012.

(37) M. Urrutikoetxea Barrutia, *El preámbulo del RD-Ley n. 3/2012, o las retóricas de la manipulación*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 29.

3/2012 precisa che il nuovo contratto è a tempo indeterminato e a tempo pieno, e che il suo scopo è quello di contribuire alla creazione di occupazione stabile e che si applica la disciplina giuridica generale dell'*ET*, con un'unica eccezione: non si applica quanto previsto nell'art. 14 dell'*ET* relativo alla durata del periodo di prova, che per il nuovo contratto sarà obbligatoriamente di un anno.

È davvero difficile credere alla buona fede di chi vuole spacciare che l'introduzione di un periodo così dilatato del periodo di prova possa costituire un elemento che concorre a sostenere la stabilità del rapporto di lavoro, visto che esso significa una rottura radicale dei criteri di stabilità. Questa controversa figura contrattuale, estranea alla tradizione giuridica spagnola, racchiude in sé lo spirito della riforma: il semplice accenno alla stabilità come scusa o alibi per eliminare garanzie e diritti dei lavoratori (38). Perché di un semplice accenno si tratta, visto che non si può appunto pensare che l'introduzione del recesso *ad nutum* durante il primo anno del rapporto di lavoro possa giovare alla stabilità occupazionale, dato che sarà una modalità molto diffusa visto che le imprese che ne possono fare uso sono in Spagna il 99,23% del totale delle imprese nazionali: la sua stipulazione e soprattutto il suo mantenimento nel tempo vengono direttamente incentivati dalla norma che prevede un sistema di riduzioni fiscali e di incentivi economici per quelle imprese che mantengono il contratto oltre il primo anno in cui opera il recesso *ad nutum*. Attraverso la ormai ricorrente e fallita pratica degli incentivi economici di diversa natura (39), la norma riformatrice cercherebbe di assicurare il prolungamento negli anni di questo contratto, che già nasce come contratto a tempo indeterminato. L'incentivo economico cercherebbe di indirizzare gli imprenditori a preferire la modalità a tempo indeterminato rispetto a quella «abusata» a termine, anche se altri tentativi – come il *contrato de fomento de la contratación indefenida* – sono stati fortemente ignorati dalle aziende spagnole, che continuano ad assumere più di un terzo della manodopera spagnola attraverso contratti a termine. Quello che sembrerebbe abbastanza evidente è che tra un contratto a tempo indeterminato normale e il contratto *de apoyo a los emprendedores*, le imprese sceglieranno que-

(38) J. Pérez Rey, *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 52.

(39) M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, *op. cit.*, p. 18.

st'ultimo, che offre un vantaggioso e accattivante periodo di prova – altro che incentivi economici! –, rispetto alla regola generale dell'art. 14 dell'*ET*, norma che lentamente perderà ogni significato concreto visto che quasi il cento per cento delle imprese sono beneficiarie di questa agevolazione giuridica per creare occupazione. Presumibilmente, sia il contratto di lavoro a tempo indeterminato classico sia la regola dei sei/due mesi di periodo di prova (a seconda della qualifica del lavoratore) tenderanno a scomparire, e il nuovo contratto di sostegno agli imprenditori finirà per imporsi come la modalità contrattuale da usare, nonostante fosse stata definita dal Direttore generale del *Ministerio para el empleo* come «il contratto della crisi», giacché sarà possibile la sua stipulazione solo quando la disoccupazione generale superi il 15% (40). Non sembra realistico credere, invece, che questa condizione per la stipulazione del contratto possa produrre delle vere limitazioni neppure a medio termine, visto il tasso di disoccupazione in Spagna che attualmente è del 24,5%.

Sono diversi i dubbi e le perplessità sistematiche che solleva la disciplina giuridica di questa nuova modalità contrattuale, e che riguardano soprattutto il dilatatissimo periodo di prova e la sua compatibilità sia con la norma generale prevista nell'art. 14 dell'*ET* (41) sia con l'interpretazione fatta dalla Corte di Cassazione spagnola in una recente pronuncia, che considera un periodo di prova di un anno fissato dalla contrattazione collettiva eccessivamente dilatato e sproporzionato rispetto ai fini che adempie l'istituto e, quindi, viene ritenuto radicalmente nullo perché in frode alla legge (42). Dubbi che riguardano anche la compatibilità di questa figura contrattuale con il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 35 del Testo costituzionale e con la giurisprudenza della Corte Costituzionale al riguardo.

Il *contrato de apoyo para los emprendedores*, ma più in generale la riforma appena descritta nei suoi tratti fondamentali (43) è stata contestata dai

(40) Questa è una delle poche modifiche introdotte dalla legge n. 3/2012 al *Real-decreto ley*.

(41) Vedi J. Pérez Rey, *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, *op. cit.*, pp. 55 ss.

(42) Sentenza del *Tribunal Supremo* 20 luglio 2011, citata da M. Rodríguez-Piñero, F. Valdés, M.E. Casas, *La nueva reforma laboral*, *op. cit.*, p. 18.

(43) Oltre agli aspetti segnalati, sono stati riformati altri istituti come le Agenzie di intermediazione nel mercato di lavoro, nel senso di aumentare le loro competenze; la formazione professionale come strumento rivolto a rendere il lavoratore più «impiegabile»; oppure il *part-time*, cercando di farlo diventare un contratto

sindacati spagnoli anche attraverso la presentazione di due ricorsi alla Oil per violazione di alcune delle Convenzioni; in particolare, della Convenzione n. 87 sulla tutela della libertà sindacale, della n. 98 sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva e della n. 158 sulla cessazione del rapporto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro. Oltre a questi ricorsi, i dubbi di costituzionalità sono stati sollevati da diversi giuristi che hanno mostrato un profondo rifiuto rispetto alla norma riformatrice: i principali aspetti della denuncia sono riassunti nel Manifesto «*Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas*», firmato da 55 professori di diritto del lavoro appartenenti a 27 università spagnole (44), che ha giudicato la legge in violazione di diritti fondamentali come il diritto alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva e il diritto al lavoro delle lavoratrici e lavoratori.

ancora più flessibile attraverso alcune misure come la legalizzazione del lavoro straordinario. Su queste ultime due modificazioni, v. J. López Gandía, *Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma del 2012*, in *Revista de Derecho Social*, 57, 2012, pp. 85-98.

(44) Consultabile in http://politica.elpais.com/politica/2012/03/23/actualidad/1332530182_382930.html.