

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli

ANNO LXVII - 2016 - N. 4

*Trimestrale
ottobre-dicembre 2016*

DIRETTA DA

Umberto Carabelli

COLLEGIO DEI CONDIRETTORI

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

COMITATO DI INDIRIZZO SCIENTIFICO E DI REFERAGGIO

*Mariapaola Aimò, Cristina Alessi, Piergiovanni Alleva, Amos Andreoni,
Vittorio Angiolini, Marzia Barbera, Marco Barbieri, Vincenzo Bavaro,
Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini, Laura Calafà, Maria Teresa Carinci,
Pasquale Roberto Chieco, Alfonsina De Felice, Francesco Fabbri, Vincenzo Ferrante,
Giuseppe Ferraro, Ginevra Galli, Alessandro Garilli, Stefano Giubboni, Donata Gottardi,
Enrico Gragnoli, Daniela Izzi, Carmen La Macchia, Vito Sandro Leccese,
Antonio Lo Faro, Piera Loi, Massimo Luciani, Luigi Mariucci, Luigi Menghini,
Gabriella Nicosia, Roberta Numin, Giovanni Orlandini, Massimo Pallini, Paolo Pascucci,
Adalberto Perulli, Alberto Piccinini, Valeria Piccone, Rita Sanlorenzo, Paola Saracini,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Carla Spinelli, Lucia Tria,
Sergio Vacirca, Lucia Valente, Bruno Veneziani, Antonio Viscomi, Roberto Voza*

COMITATO DI REDAZIONE

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



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

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

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

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

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

Proprietario ed editore
Ediesse s.r.l.
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

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

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

Ufficio abbonamenti
Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335
Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30
E-mail: 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

Distribuzione in libreria
MESSAGGERIE

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2016

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



Associato all'USPI - Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

Il lavoro tra bisogno e libertà: nuove povertà,
reddito e attivazione, prospettive di inclusione sociale
*Working between necessity and freedom: new forms of poverty,
income and activation, social inclusion prospects*
a cura di Giuseppe Bronzini, Piera Campanella

Giuseppe Bronzini, Piera Campanella

Introduzione 687
Introduction

Francesco D'Ovidio

Il lavoro che verrà 698
The changing nature of jobs

Chiara Saraceno

Povertà ed esclusione sociale oggi in Italia: cause e possibili rimedi 717
Poverty and social exclusion in contemporary Italy: causes and possible remedies

Chiara Tripodina

Povertà e dignità nella Costituzione italiana: il reddito
di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario 732
*Poverty and dignity in Italian Constitution: basic income
as constitutionally necessary tool*

Patrizia Tullini

Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione.

Il lavoro instabile, discontinuo, informale:

tendenze in atto e proposte d'intervento

748

Digitalisation of the economy and employment fragmentation.

The unstable, informal and discontinuous work: trends and proposals

Alberto Mattei

Scomposizione dell'impresa, lavoro esternalizzato

e inclusione sociale: azioni della negoziazione collettiva

765

The changing of enterprise, outsourcing and social inclusion:

collective bargaining activities

Natalia Paci

Disoccupazione e strumenti di sostegno del reddito nel *Jobs Act*:

quale rapporto tra bisogno e tutela, soprattutto

dei lavoratori non standard?

781

Unemployment and income-support tools in the Jobs Act: what is the relation between needs and protection, especially in regards to non-standard workers?

SAGGI

Lorenzo Giasanti

Tutela del lavoratore e impugnazione del contratto a termine

nel d.lgs. n. 81/2015

797

Worker protection, fixed-term contracts and time limits

for Employment Tribunal claims under the Legislative Decree n. 81/2015

Antonio Preteroti

Questioni in tema di decadenza dall'impugnazione del contratto

a termine e regimi sanzionatori, tra vecchi e nuovi problemi

819

Issues on the regulation of limitation periods for the appeal

against the termination of fixed-term contracts

and on sanctioning measures, between old and new problems

Alessandra Raffi

Ideologia e regole nella nuova disciplina

del mutamento di mansioni

845

Ideology and rules in the new discipline of changing

an employee's contractual duties

NOTE E COMMENTI

Domenico Borghesi

- L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori 867
The burden of proof in the disciplinary and discriminatory dismissal

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO

Gianni Arrigo

- Uguaglianza, parità e non discriminazione
nel diritto dell'Unione europea (Parte II) 885
Equality, gender parity and anti-discrimination law in the EU

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Stefania Scarponi

- Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione
in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita
(Cassazione, 5.4.2016, n. 6575) 455

RAPPORTO DI LAVORO

Laura Calafà

- Sull'assenza di limiti alla disapplicazione:
l'effetto diretto orizzontale dopo il caso *Dansk*
(Corte di Giustizia, 19.4.2016, C-441/14, Grande Sezione) 471

Michele Valerio Di Tanna

- Lavoro a progetto: inversione dell'onere della prova
e presunzione assoluta di subordinazione
(Cassazione, 21.6.2016, n. 12820
Cassazione, 10.5.2016, n. 9471) 476

Carolina Fusco

- Il licenziamento del lavoratore tossicodipendente:
profili e ipotesi di legittimità
(Cassazione, 12.5.2016, n. 9759) 482

Dario Calderara

Il diritto alla qualifica superiore può fondarsi
anche su di una prassi aziendale

(*Cassazione*, 2.2.2016, n. 1965

Tribunale Napoli, 17.3.2016)

486

Marianna Russo

Il principio di non discriminazione dei lavoratori a termine

(*Cassazione*, 27.1.2016, n. 1521

Cassazione, 8.1.2016, n. 152)

491

Veronica Valenti

Diritto di critica del lavoratore:

tra obbligo di fedeltà e «dovere» di verità

(*Corte d'Appello Roma* 15.4.2016)

502

Mario Cerbone

Licenziamento del dirigente pubblico

e vincoli di ridimensionamento degli organici

(*Corte d'Appello Roma*, 16.12.2015

Corte d'Appello Roma, 15.1.2015)

515

Michelangelo Salvagni

Nel contratto a tutele crescenti il licenziamento ritorsivo rientra
tra i casi di nullità suscettibili di reintegrazione

(*Tribunale Roma*, 24.6.2016)

528

Fabiola Lamberti

Retrocessione dell'azienda e non derogabilità dell'art. 2112 c.c.

(*Tribunale Parma*, 24.3.2016)

534

DIRITTO SINDACALE

Andrea Lassandari

La difficile democrazia sindacale: i lavoratori partecipanti
al referendum sono solo spettatori?

(*Tribunale Roma*, 9.2.2016)

539

CONTROVERSIE DI LAVORO

Domenico Dalfino

La decisione delle domande proposte in via subordinata
nel cd. rito Fornero

(Cassazione, 13.6.2016, n. 12094)

545

SICUREZZA SOCIALE

Carmela Garofalo

I confini del legittimo affidamento
di fronte agli errori commessi dall'Inps

(Cassazione, 2.5.2016, n. 8604)

Cassazione, 29.4.2016, n. 8564)

559

Danilo Volpe

Gestione commercianti: insufficiente la qualità
di socio accomandatario per far scattare l'iscrizione

(Cassazione, 26.2.2016, n. 3835)

566

OSSERVATORI ONLINE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di Luigi Menghini e Roberta Nunin

Periodo aprile 2016 - settembre 2016

Luigi Menghini e Roberta Nunin

144

LAVORO PUBBLICO

a cura di Paola Saracini

Periodo maggio 2016 - ottobre 2016

Gabriella Nicosia, Paola Saracini e Carla Spinelli

156

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

IL LAVORO TRA BISOGNO E LIBERTÀ: NUOVE POVERTÀ,
REDDITO E ATTIVAZIONE, PROSPETTIVE DI INCLUSIONE SOCIALE

Giuseppe Bronzini (*), *Piera Campanella* (**)

INTRODUZIONE

1. — Secondo gli ultimi dati Istat (riferiti al 2015), le famiglie in condizione di «povertà assoluta» sono 1 milione e 582.000 (il 6% della famiglie residenti) e gli individui 4 milioni e 598.000, il numero più alto dal 2005, di cui più di un milione minori. Le famiglie in condizione di «povertà relativa» sono addirittura 2 milioni 678.000, pari al 10,4%, e le persone 8 milioni 307.000, pari al 13,7% delle persone residenti, in aumento rispetto al 2014 (1). Siamo di fronte a numeri orientati a crescere, se solo si volge, poi, lo sguardo anche a quei soggetti che, secondo i parametri europei, sono semplicemente «a rischio di povertà o di esclusione sociale». Si tratta del 23,8% della popolazione, e questa percentuale è destinata a espandersi ulteriormente, ove si tenga conto altresì degli individui in condizione di grave deprivazione quanto a bisogni vitali: accesso alla sanità (2), possibilità di un'alimentazione corretta e sufficiente, riscaldamento ecc. Ovviamente i dati non sono omogenei sul territorio nazionale e registrano impennate impressionanti nel Sud Italia, ma la situazione sta peggiorando anche nel Centro e persino nel Nord. Insomma, siamo al cospetto di una vera e propria emergenza, capace di compromettere sia la coesione sociale interna del paese, sia la sua stessa credibilità in sede europea, posto che, per la Strategia Ue 2020, l'Italia dovrebbe entro tale data ridurre del 20% (quindi di oltre due milioni) il numero dei suoi «poveri», mentre questi stanno, in realtà, aumentando a un ritmo che, secondo le statistiche sovranazionali, è il più alto tra tutti i *Member States*.

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

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Urbino «Carlo Bo».

(1) Cfr. il Rapporto diffuso il 14 luglio 2016, in <http://www.istat.it/it/archivio/189188>.

(2) Per la prima volta dal dopoguerra la speranza di vita degli italiani nel 2015 è diminuita: cfr. Istat, *Indicatori demografici. Stime per l'anno 2015*, 19 febbraio 2016, in <http://www.istat.it>.

L'entità del fenomeno appare tale da non poter essere di certo bilanciata da pretesi, modesti incrementi occupazionali, sempre peraltro che si scelgano, nella perdurante contesa tra le varie autorità di rilevazione, le statistiche più ottimistiche, che comunque fotografano anche segnali innegabilmente allarmanti, come l'aumento dei contratti a tempo determinato, il frenare di quelli cosiddetti stabili (a tutele crescenti), l'incremento del numero di licenziamenti, un abnorme numero di rapporti «in nero» (per la Cgia di Mestre oltre tre milioni). Il tutto si colloca, in più, entro un quadro di vera e propria emergenza democratica e morale, atteso che una consistente parte della popolazione viene così a essere esclusa dalla piena partecipazione alla vita «culturale, politica e sociale del paese», per dirla con le nobili parole del Tribunale costituzionale tedesco sulle finalità del «diritto a un'esistenza libera e dignitosa» (3). È la dignità essenziale di milioni di persone, la loro *freedom from want*, che – a partire dal pensiero del Presidente Roosevelt sino ad arrivare a quello di Amartya Sen, passando dalla riflessione di John Rawls – è stata individuata come il presupposto, in termini di *fairness* (4), delle società democratiche. Ed è proprio tale dignità a venire compromessa e calpestata sistematicamente in questa fase storica, con ricadute particolarmente pesanti su bambini e minori, cui non resta neppure l'ancora di salvataggio di un sussidio minimo, come almeno è per gli anziani (5).

Questo declino del principio di solidarietà e coesione risulta, tra l'altro, intrecciato con la crisi economica in un perverso circolo vizioso: da un lato, la crisi parrebbe necessitare di un ripristino della fiducia e di risorse umane non demoralizzate, che, tuttavia, il declino della solidarietà e della coesione rende beni sempre più scarsi; dall'altro lato, detto declino richiederebbe investimenti ed energie che scarseggiano in tempi di crisi. È grave, però, che tutto ciò non emerga nell'agenda politica interna, così come in quella europea, entrambe focalizzate sul problema dello sviluppo e della crescita, ma senza una sufficiente considerazione per il tema dell'inclusione sociale, troppo spesso trattato come epifenomeno del primo, secondo una visione «a due tempi», che non coglie adeguatamente né l'autonomia, né la possibile sinergia tra i due piani.

Il rallentamento dell'economia è fenomeno quantomeno europeo, ma i paesi che contrastano con più forza l'esclusione sociale sono quelli che ri-

(3) Cfr. Verfassungsgericht, 9.2.2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

(4) Cfr., sul nesso tra democrazia e garanzia dei «minimi vitali», Rodotà 2016; Rodotà 2015; Ferrajoli 2007.

(5) Saraceno 2016.

sultano meno fragili nella grave congiuntura in atto; la disoccupazione di massa è fenomeno strutturale ed endemico e può risultare immune persino da cicli di forte sviluppo, mentre sui livelli occupazionali gravano sempre più le incognite della rivoluzione digitale e dei processi produttivi connessi alla cosiddetta Industria 4.0. Dal canto loro, la povertà e l'esclusione sociale possono avere cause anche totalmente estranee ai cicli produttivi, come le difficoltà familiari, la carenza di servizi della collettività, il numero di figli a carico, che si ripercuote soprattutto sull'esistenza delle donne, l'emarginazione o la deprivazione culturale. A questo quadro si aggiungono, poi, modalità contrattuali di impiego – frutto di scelte legislative discutibili, prive altresì di un necessario controbilanciamento sul piano sociale – che non sempre consentono, neppure a chi è occupato, di raggiungere un reddito sufficiente alla garanzia di una vita libera e dignitosa.

Un certo rilievo acquistano peraltro, su questo fronte, anche tutta un'altra serie di processi, tra cui spicca quello della balcanizzazione giuridica del processo produttivo, che indebolisce il potere contrattuale e sindacale dei lavoratori, schiacciandone il salario verso i minimi vitali. Le nuove povertà, insomma, non sono sempre il riflesso di uno stato di disoccupazione, e questo potrà suonare ancor più vero in un prossimo futuro, considerata la incalzante diffusione della cd. *sharing economy* e/o *gig economy*, cui si associano prestazioni lavorative rese al di fuori dei tradizionali schemi contrattuali e dunque estranee ai sistemi di tutela del lavoro vigenti (6).

Di fronte a tutto ciò, sarebbe evidentemente urgente la messa a punto di una strategia organica di lungo periodo contro la povertà, idonea a far fronte, insieme, ai vari fattori che la determinano, con una capacità di anticipazione degli effetti sociali dell'innovazione tecnologica e di risposta ai bisogni effettivi di chi è in difficoltà; e questo sulla scorta di una considerazione della persona nella sua dignità e nella sua aspirazione a contribuire alla ricchezza e al benessere collettivo.

Una tale visione certamente vale a ricomprendere in sé la dimensione del lavoro (in ogni forma e applicazione, beninteso) e, anzi, la integra e la espande in un più ampio sforzo garantistico e promozionale delle *capabilities* individuali, cosicché ciascuno possa sentirsi parte attiva della società cui appartiene. Il dibattito europeo sulla lotta all'esclusione sociale (ora con il Trattato di Lisbona inserito tra gli obiettivi dell'Ue dal rinnovato art. 3

(6) Cfr., sul punto, l'importante studio, per conto dell'Oil, di De Stefano 2016. Il dibattito su lavoro e nuove tecnologie a livello internazionale si può seguire sul sito dei progressisti internazionali www.socialeurope.eu: <https://www.socialeurope.eu/fo-cus/shaping-the-digital-society/>.

TUe), parallelo a quello sulla *Lisbon agenda*, e documentato in ogni caso attraverso le procedure del metodo aperto di coordinamento (7), ci restituisce, almeno in parte, proprio questa idea regolativa, così come ce la offrono molte *best practices*, soprattutto dei paesi nordeuropei. È inutile negare, però, come nel nostro paese vi sia un vistoso ritardo sul punto e i dati prima citati lo dimostrano, del resto, ampiamente.

Si tratta di un ritardo già segnalato nel coraggioso Rapporto Onofri del 1998, posto dal primo governo Prodi alla base della sperimentazione di un reddito minimo d’inserimento. In quel Rapporto venivano non a caso rilevate tutte le carenze del nostro sistema di protezione sociale, a cominciare dal prevalente corporativismo, dalla scarsa trasparenza e dall’ineffettività redistributiva, oltre che dall’abnorme spazio della spesa pensionistica (8).

Nonostante questo documento, nella sua diagnosi, non sia mai stato contestato, il cammino verso quel sistema di sicurezza sociale universalistica e inclusiva richiestoci dall’Unione europea per domare il fenomeno della povertà, o quantomeno per ridurlo a dimensioni meno devastanti, non può dirsi concluso. Il nostro paese è tuttora carente di istituti, strumenti e investimenti pubblici all’altezza della media europea. Da qui il rischio di mortificare e sciupare irreversibilmente le energie di tanti «cittadini laboriosi», per usare la nota espressione di Alain Supiot, senza possibilità di offrire loro quel senso di «sicurezza», che è alla base di qualsivoglia progetto individuale e collettivo, capace, a propria volta, di fungere da volano di sviluppo economico, specie in un contesto di *knowledge economy*, connotato da particolare dinamismo e mobilità.

Dovrebbe rimanere in realtà ben fermo il nesso tra lotta all’esclusione sociale e libertà di scelta produttiva del singolo. Ciascuna persona andrebbe presa in carico non come fosse una sorta di elemento deviante, da ricondurre entro un circuito normalizzante di riadattamento più o meno coercitivo al lavoro perduto o mai reperito. Ognuno andrebbe piuttosto riguardato alla stregua di soggetto meritevole di essere guidato e supportato nelle sue scelte, anche produttive, nonché al tempo stesso liberato dall’assillo del bisogno. In questa fase di rivoluzione tecnologica, una simile riconduzione forzata al lavoro (qualunque esso sia) rischia, peraltro, di pregiudicare quelle capacità creative e innovative che gli individui potrebbero coltivare e sviluppare in contesti inediti, non sperimentati, di per sé idonei ad allargare persino lo scenario della giornata lavorativa sociale e le stesse occasioni produttive.

(7) Da ultimo, cfr. Ales *et al.* 2010.

(8) Sull’importanza del Rapporto Onofri cfr. Pinelli 2012.

A fronte di ciò, l'idea di un reddito minimo garantito (di seguito, Rmg), che assegni risorse sufficienti alla conduzione di una vita libera e dignitosa da parte di chi versi in stato di bisogno, potrebbe effettivamente diventare dirimente a riguardo. Si tratterebbe, del resto, semplicemente di rendere concreto ciò che in Italia continua a mancare, e cioè il cosiddetto terzo pilastro della *flexicurity* europea, fermi rimanendo ovviamente gli altri due, vale a dire l'accesso a servizi gratuiti di collocamento al lavoro e il diritto a una formazione permanente e continua, che costituiscono, per la verità, altrettanti talloni d'Achille del sistema italiano.

Come noto, è proprio il reddito minimo garantito, costituzionalizzato all'art. 34 della Carta dei diritti Ue e riconosciuto dagli stessi artt. 30 e 31 della Carta sociale europea, a costituire lo strumento istituzionale principe in materia, deputato com'è a ricondurre al livello vitale l'esistenza delle persone in stato di bisogno, parallelamente allo sviluppo di percorsi di autovalorizzazione produttiva delle medesime. Sotto tale profilo, il reddito minimo, secondo opinioni espresse anche dagli Autori del Tema che qui presentiamo, è privo di sostituti funzionali, essendo i restanti meccanismi di intervento troppo indiretti e di scarsa efficacia, soprattutto in situazioni di emergenza (*venter non patitur dilationem*). Si tratta, d'altronde, di una misura che oggi – sia pure secondo modalità più o meno generose – 27 paesi europei su 28 adottano (manca solo l'Italia, dopo che la Grecia vi ha provveduto su accordo con la cosiddetta Troika) con una tendenziale generalizzazione a livello planetario: dalla *bolsa social* in Brasile (30 milioni di beneficiari), al Sudafrica, all'India e via dicendo (9).

Nel Tema di questo numero della *Rivista* abbiamo, quindi, cercato di fornire un quadro ricostruttivo dei termini essenziali della questione, cercando di evidenziare la complessità del fenomeno della povertà e dell'esclusione sociale, la sua innegabile multifattorialità, che si riverbera nelle diverse risposte e nei diversi strumenti messi in campo all'interno dei vari paesi occidentali.

Il saggio di Francesco D'Ovidio sintetizza le posizioni sul punto dell'Organizzazione internazionale del lavoro, che con la nozione di *decent work of-*

(9) Va altresì ricordato che il salario minimo legale, a sua volta, esiste in 23 paesi dell'Ue e rientra nell'ambito delle politiche ufficiali dell'Oil, la quale «raccomanda» altresì l'adozione di forme di Rmg: sulla distinzione tra salario minimo legale, reddito minimo garantito e reddito di cittadinanza, Bavaro 2014, 169; Busilacchi, Leonardi 2014, 19; per riflessioni problematiche in tema di salario minimo, specie con riferimento al caso italiano, v., da ultimo, Greco 2016, 113; Campanella, 2015, 188; più in generale, Magnani 2015, 537; Speziale 2015, 1; Guarriello 2015, 327; Biasi 2015, 1; Bellavista 2014, 741.

fre ancora oggi un parametro essenziale e imprescindibile per valutare quando un lavoro sia capace davvero di garantire un'esistenza libera e dignitosa per i singoli individui e le loro famiglie. I principali studi dell'Oil la dicono lunga, in effetti, circa i pericoli che gravano oggi sul futuro dei diritti del lavoro e della sicurezza sociale a livello internazionale. Danno conto, inoltre, altrettanto bene delle previsioni in merito alla crescente polarizzazione tra lavoratori qualificati e non, nonché in generale circa l'aumento delle disuguaglianze. Il saggio si sofferma ampiamente su tutto ciò e non trascura, peraltro, neppure di andare oltre, interrogandosi, in particolare, sugli effetti delle nuove tecnologie e degli altri *megatrends* dello sviluppo in ordine alla riconfigurazione dei processi lavorativi.

Il saggio di Chiara Saraceno scandaglia, invece, i dati delle ultime rilevazioni sulla povertà in Italia e di tale fenomeno indaga le singole, principali cause, nonché la specifica tipologia di soggetti implicativi. Ne emerge la mancanza, nel nostro paese, di una visione complessiva e strategica di contrasto dell'esclusione sociale. Colpisce, altresì, l'assenza di quella che è una misura tipica a riguardo, e cioè il Rmg (primo passo nella prospettiva di una più radicale riforma, finalizzata all'introduzione di un vero e proprio reddito di cittadinanza). Prevalgono, piuttosto, in Italia, provvedimenti poco efficaci, con finanziamenti insufficienti, destinati solo a rimuovere le situazioni di più acuto disagio sociale, specie dei nuclei familiari numerosi.

Chiara Tripodina, dal canto suo, affronta il tema sul versante costituzionalistico, mostrando come già in seno all'Assemblea costituente fosse emerso un appassionante confronto sulla garanzia dei minimi vitali con rispetto alla dignità primaria della persona anche in rapporto con il diritto al lavoro. Si ricorda la famosa posizione del più insigne dei nostri costituzionalisti del Novecento, Costantino Mortati, che individuava in una sorta di reddito «di dignità» il risarcimento dovuto dallo Stato a chi non fosse riuscito a trovare un lavoro remunerato tale da consentirgli una decorosa esistenza. Per l'Autrice, in relazione alle profonde trasformazioni del mondo produttivo e della stessa natura del lavoro, nonché all'approfondimento del processo di integrazione europea, non avrebbe senso contrapporre un presunto orizzonte costituzionale interno «lavorista» alle acquisizioni sovranazionali, anch'esse di natura costituzionale; semmai si tratterebbe di contaminare le due dimensioni all'interno di un più inclusivo sistema di garanzie incentrato sul reddito di cittadinanza, quale misura «doverosa», alla luce dello stesso testo del 1948, per chi versi in stato di bisogno (10).

(10) È molto diffuso in Italia il disinteresse per rigide distinzioni tra Rmg e reddito di cittadinanza (chiamato anche *basic income* o reddito di base), spettando, in li-

Il saggio di Patrizia Tullini torna, invece, più analiticamente sui temi già emersi nel contributo di Francesco D'Ovidio ed esamina nel dettaglio la natura delle prestazioni rese nell'ambito della cosiddetta *sharing economy*, interrogandosi, più in generale, sull'impatto che le nuove modalità produttive intermedie da internet possono avere sulle relazioni di lavoro, sia dipendenti che autonome. Il testo induce, in un equilibrio tra apertura alle novità e senso di responsabilità per le ricadute sociali, ad accettare le sfide della trasformazione tecnologica, le opportunità che offre ai soggetti nell'investire le loro capacità creative, liberando attività prima precluse dalla rigidità e gerarchia degli apparati produttivi, pur nel quadro di una riflessione sulle possibili conseguenze, anche negative, di tale processo in termini di diritti fondamentali e di garanzie primarie, specie nella perdurante assenza di una revisione e/o di un adattamento dei sistemi di protezione tradizionali.

Alberto Mattei indaga, a propria volta, sulle filiere sempre più frammentate e disperse dei processi produttivi, in particolare sulle nuove tipologie di appalto e sui tentativi da parte delle organizzazioni sindacali di fronteggiarle, mantenendo un livello minimo di tutela e di trasparenza, anche con una rivitalizzazione del discorso sulla responsabilità sociale delle imprese.

Natalia Paci riflette, infine, sui mutamenti introdotti dal *Jobs Act* al regime della disoccupazione, con la Naspi, l'Asdi, la Dis.Coll., sottolineandone sì i pregi, come quello di una maggiore tensione verso l'inclusività e l'universalismo delle prestazioni, ma anche i limiti e le criticità, soprattutto a danno dei lavoratori autonomi. Rileva altresì, come del resto hanno

nea di principio o secondo la letteratura internazionale, il primo a chi versa in stato di concreto bisogno (secondo i parametri Ue, a chi goda di un reddito inferiore al 60% di quello mediano da lavoro dipendente) e il secondo a tutti i cittadini di una determinata comunità politica. Questo disinteresse appare però ragionevole, essendo anche il Rmg una misura a favore della cittadinanza e condividendo le due prestazioni le medesime finalità (assicurare a tutti un'esistenza libera e dignitosa). Si sono quindi diffuse pure definizioni intermedie come «reddito di dignità» o *ius existentiae*; tuttavia il dibattito italiano in corso, dalle proposte pendenti presso il Parlamento ai contributi di questo Tema, si occupa sostanzialmente del Rmg, alcuni guardandolo altresì nella prospettiva dell'istituzione di un vero e proprio reddito di base: cfr. Granaglia, Bolzoni 2016; Tosi 2016; Bronzini 2011; Tripodina 2013; Bin Italia 2009. In Europa si è avviato un importante dibattito sull'opportunità di un reddito di base (a tutti i cittadini o almeno non condizionato all'inserimento al lavoro) durante la campagna referendaria in Svizzera, incentrata sulla crescente robotizzazione dell'economia (cfr. <http://www.bin-italia.org/la-fabbrica-digitale-nuove-tecnologie-robotica-reddito-di-base/>); inoltre, sono state avviate sperimentazioni di questo tipo in talune città dell'Olanda, della Finlandia, della Francia, della Spagna.

fatto altri Autori, la mancata adozione di un Rmg «all'europea», che rende nel complesso inadeguata, o comunque incoerente rispetto ad altri paesi europei, la copertura del rischio della perdita del lavoro.

Si tratta, ci pare, di vettori di ricerca e di riflessione che tutti congiuntamente dovrebbero portare a una nuova sensibilità da parte dei decisori pubblici per contrastare le nuove povertà e il dilagante senso di insicurezza diffuso nella società italiana, già allarmata per la mancata ripresa economica e per la limatura delle tutele apprestate dallo Statuto dei lavoratori a presidio della stabilità del posto di lavoro. Non sembra, però, che questa sia stata a oggi la direzione prescelta. Mentre si completa questa introduzione è entrato in vigore il nuovo Sia (Strumento di inclusione attiva, prima sperimentato in sole 12 città italiane), che offre la modestissima somma di 80 euro a soggetti che abbiano un Isee (familiare) non superiore a 3000 euro al mese in famiglie con almeno tre figli (complessivamente quindi si arriverebbe a una somma di 400 euro circa); una misura, insomma, non molto distante – a dispetto della grancassa mediatica – dalle varie *social card* di berlusconiana memoria.

Neppure tanto diversa è, del resto, l'impostazione dell'attuale disegno di legge delegata su «Contrasto alla povertà e riordino delle prestazioni sociali» (approvato dalla Camera il 14 luglio scorso e ora in corso di esame presso la Commissione Lavoro e previdenza sociale del Senato), in cui, pur parlandosi di una «misura nazionale a carattere universalistico condizionata alla prova dei mezzi» (il cosiddetto Reddito di inclusione: Rei), articolata in un beneficio economico e in una componente di servizi alla persona, si prevedono stanziamenti, a carico del Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, assolutamente esigui rispetto allo scopo (un miliardo, a fronte di studi che indicano costi oscillanti tra i 12 e i 17 miliardi per un Rmg dai parametri europei) (11) e una graduatoria dei beneficiari che individua come meritevoli prioritariamente «i nuclei familiari con figli minori o con disabilità grave o con donne in stato di gravidanza accertata o con persone di età superiore ai 55 anni in stato di disoccupazione». Visti i fondi destinati e le corsie di preferenza indicate, l'area interessata sarebbe an-

(11) E suona, peraltro, di cattivo gusto l'aver ventilato che la vittoria del Sì all'imminente referendum costituzionale porterebbe a un risparmio di 500 milioni, che sarebbero poi destinati a incrementare il Fondo di una legge ancora in via di approvazione. Al momento, un simile incremento risulta, in realtà, contemplato espressamente nella legge di bilancio 2017-2019 presentata dal Governo, ma ancorato alla data, ancora lontana, del 2018: cfr. *Legge di bilancio 2017: l'Alleanza chiede più risorse contro la povertà*, in <http://www.redditoinclusione.it/legge-di-bilancio-2017-lalleanza-chiede-piu-risorse-contro-la-poverta/>; in tema, v. Caritas italiana 2016.

cora una volta quella coperta (si fa per dire) dalle *social card* e dal Sia, con buona pace della promessa universalità della misura. Va ricordato che in Europa (a cominciare dal paese guida: la Germania) il Rmg ha anche la funzione di integrare i redditi dei *working poors* (ad esempio, i cosiddetti *minijobs*) e di proteggere le persone attive nell'ambito delle cosiddette «transizioni lavorative»: situazioni ignorate, invece, dal piano governativo italiano.

Il provvedimento, peraltro, non rappresenta affatto un modo trasparente di razionalizzare la spesa per l'inclusione: visto il carattere minimale e straordinario della protezione, non è cessata, né cesserà, la pressione sugli enti territoriali (ma anche su altri enti pubblici, secondo meccanismi mai censiti) ad apprestare tutele più ampie e inclusive. Molte Regioni (Sardegna, Lucania, Puglia, Lombardia) si stanno dotando di Rmg propri, e così stanno cercando di fare anche i Comuni, mentre invece prosegue la politica volta ad assicurare, in via eccezionale, una qualche continuità di reddito a fasce sociali particolari, come i vecchi percettori della cassa integrazione in deroga. Da ciò deriva, come ben può intuirsi, un enorme spreco di risorse e un'opacità di fondo dell'intervento pubblico, che è proprio quanto già il Rapporto Onofri intendeva combattere. Infine il Sia, come pure il Rei, saranno comunque sottoposti all'adesione a «un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà», predisposto da una *équipe* multidisciplinare. Ci sembra questo un aspetto che rende ancor più inquietante la situazione italiana: da un lato, si allarga la forbice tra le scelte adottate in Europa e quelle dei Governi italiani, accettandosi, nel nostro paese, di intervenire solo nei confronti di casi sociali veramente estremi; dall'altro, si recepisce una logica pedagogica e paternalistica nella gestione delle misure di sostegno, una logica che vede il beneficiario come soggetto da correggere e indirizzare verso mete stabilite da altri, con una curvatura autoritaria sia delle politiche attive dell'Unione, sia dello stesso concetto di condizionalità.

Non vi è alcuna evidenza e segnale che le nuove politiche attive siano in grado di fronteggiare, con strumenti non meramente «cartacei», situazioni di così acuto disagio e allarme sociale (12). Questo, che emerge in alcuni contributi inerenti al Tema, ci sembra davvero un punto scriminante: sebbene ci si debba necessariamente muovere in una prospettiva realistica e di concreta fattibilità, in un paese notoriamente molto colpito dalla crisi e quasi andato in *default*, si tratta pur sempre di tutelare la dignità (e la liber-

(12) Per la descrizione dei problemi ancora aperti: Marocco 2016, 203.

tà di scelta, anche lavorativa) di cittadini o di residenti stabili nel nostro territorio; dunque, di rimediare non a un insuccesso delle persone in difficoltà, bensì a quello di un sistema sociale che non riesce a generare sufficienti occasioni di lavoro (decente). Si moltiplicano le forme di induzione forzata all'attività: dal fenomeno, in via di diffusione, del «baratto amministrativo» (in sostanza privo di controllo sulla congruità e sulla effettiva utilità di quanto richiesto) alle prestazioni obbligatorie di «attività comunitaria» per i cassaintegrati, che ripropongono lo spettro dei lavori socialmente utili. Si tratta comunque, con ogni evidenza, di pratiche disciplinatrici, le quali rischiano di sfociare in un meccanismo di eterogenesi dei fini, posto che l'intervento pubblico dovrebbe ripristinare la dignità (e la reattività) delle persone, non mortificarla in via amministrativa.

Più che le parole possono valere le toccanti immagini di *Io, Daniel Blake*. Il film, con cui Ken Loach ha vinto l'ultimo Festival di Cannes, descrive bene l'effetto annientante delle politiche di *workfare* britanniche in un paese peraltro di lunga e nobile tradizione sul versante della protezione degli esclusi. Si sta diffondendo una nuova filosofia della colpa di chi è escluso (*schuld* nella versione neoluterana in voga, evocativa, a propria volta, di quella che si addebita agli Stati «spendaccioni» del Sud Europa), e ciò, peraltro, in un contesto nel quale i deboli sono lasciati privi di protezioni essenziali o al più dotati, se più fortunati, di tutele insufficienti. Su questo si dovrà necessariamente tornare.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. *et al.* (a cura di) (2010), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Giuffrè, Milano.
- Bavaro V. (2014), *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, in *RDSS*, 169 ss.
- Bellavista A. (2014), *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 741 ss.
- Biasi M. (2015), *Il salario minimo legale nel «Jobs Act»: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 241, 1 ss.
- Bin Italia (a cura di) (2009), *Reddito per tutti. Un'utopia possibile*, Manifestolibri, Roma.
- Bronzini G. (2011), *Il reddito di cittadinanza*, Gruppoabele, Torino.
- Busilacchi G., Leonardi S. (2014), *Reddito minimo e salario minimo: le ragioni di attualità e interesse*, in *QRS*, n. 4, 19 ss.
- Campanella P. (2015), *Salari e contrattazione collettiva nel governo della crisi europea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, edizione speciale, 183 ss.

- Caritas italiana (2016), *Non fermiamo la riforma. Rapporto 2016 sulle politiche contro la povertà in Italia*, 6 ottobre.
- De Stefano V. (2016), *The rise of the «just in time workforce»: On demand work, crowd-work and labour protection in the «gig economy»*, International Labour Organization, Geneva, in http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.
- Ferrajoli L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2: *Teoria della democrazia*, Laterza, Bari.
- Granaglia E., Bolzoni M. (2016), *Il reddito di base*, Ediesse, Roma.
- Greco M.G. (2016), *Il salario minimo legale e i rischi di destrutturazione delle relazioni sindacali*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 113 ss.
- Guarriello F. (2015), *Verso l'introduzione del salario minimo legale?*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna, 23-24 ottobre 2014, Adapt University Press, 327 ss.
- Magnani M. (2015), *Salario minimo*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna, 23-24 ottobre 2014, Adapt University Press, 537 ss.
- Marocco M. (2016), *La nuova governance delle politiche attive del lavoro*, in *DLRI*, 203 ss.
- Pinelli C. (a cura di) (2012), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passigli, Bagno a Ripoli.
- Rodotà S. (2015), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari.
- Rodotà S. (2016), *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari.
- Saraceno C. (2016), *I veri poveri (dimenticati) d'Italia*, in *la Repubblica*, 15 settembre.
- Speziale V. (2015), *Il salario minimo legale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 244, 1 ss.
- Tosi S. (2016), *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, il Mulino, Bologna.
- Tripodina C. (2013), *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino.

Francesco D'Ovidio (*)

IL LAVORO CHE VERRÀ

SOMMARIO. 1. Introduzione al lavoro dignitoso. — 2. L'attualità del lavoro dignitoso. — 3. Il futuro del lavoro dignitoso. — 4. Un nuovo contratto sociale? — 5. L'impatto dell'innovazione tecnologica. — 6. L'aspetto motivazionale. — 7. *Megatrends*.

1. — *Introduzione al lavoro dignitoso* — Con una serie di iniziative che coinvolgono i Governi e le parti sociali dei suoi Stati membri, l'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) si sta preparando a celebrare il suo primo secolo di vita. Nel 2019, infatti, la più antica organizzazione dell'attuale sistema delle Nazioni Unite compirà 100 anni.

La sua nascita, nel 1919, rappresentò una novità. Come è risaputo, l'Oil fu creata all'indomani della prima guerra mondiale: la sua istituzione fa parte del Trattato di Versailles. Un fatto nuovo; un inciso tra gli accordi di pace e le definizioni dei territori. In quell'occasione, i paesi che uscirono vincitori dal massacro del primo conflitto mondiale avevano in mente soltanto il mantenimento della pace; estenuati come erano dalla guerra e dalla distruzione, cercarono di spostare lo sguardo in avanti in cerca dell'antidoto a quell'orrore. E pensarono al lavoro. «*Universal and lasting peace can be established only if it is based upon social justice*» si legge nel preambolo della costituzione dell'Oil. L'antidoto è la giustizia sociale. Giustizia in termini di ricchezza, opportunità e privilegi si ottengono attraverso il lavoro e possono garantire il mantenimento della pace. Il collante dell'equazione che doveva mantenere l'armonia tra i popoli era quindi definito: era necessario garantire un lavoro a tutti. Il contesto era complesso. Da un lato, la distruzione; la morte di molti uomini e donne in età lavorativa; la perdita di molte competenze tecniche; la concentrazione degli sforzi produttivi nel settore bellico. Dall'altro, l'occasione della ricostruzione e l'entusiasmo degli incentivi imprenditoriali. Benché iniziata nel XVIII secolo, la Rivoluzione industriale anteguerra aveva interessato solo pochi paesi: l'Inghilterra,

(*) Direttore dell'ufficio Oil per l'Indonesia e Timor Leste, con sede a Jakarta.

gli Stati Uniti, la Francia, la Germania e parzialmente i paesi scandinavi. Dopo il conflitto, l'industrializzazione e i suoi metodi avanzati di organizzazione e produzione si estesero a Russia, Canada, Giappone e Italia. Dopo la guerra, dunque, la Rivoluzione industriale batteva a pieno regime in gran parte dell'occidente. L'industrializzazione rampante fece rima con l'espansione del movimento sindacale in tutti i paesi e in ogni settore di attività. Ben presto si capì che non ci si poteva accontentare di lavorare, ma che si poteva anche richiedere di farlo in maniera umana e dignitosa. Le campagne per i diritti dei lavoratori, dai salari minimi agli orari e alle condizioni di lavoro, incendiarono gli animi e non solo quelli. L'Oil vide la luce in questo contesto così dinamico e drammatico. C'era tanto da fare se si voleva assicurare che il collante della pace, cioè il lavoro, si solidificasse e resistesse alle intemperie. Due cose furono chiare da subito. L'organizzazione doveva mettere ordine e doveva scendere a compromessi. Bisognava fissare delle regole che fossero allo stesso tempo legalmente vincolanti e universali. Si mise mano, dunque, allo strumento normativo e si scelse di adottare delle convenzioni e raccomandazioni che formano oggi il *corpus iuris* della normativa internazionale del lavoro. Queste norme fissano i principi minimi che gli Stati devono rispettare in materia lavorativa; principi che devono essere applicabili in condizioni di sviluppo economico e sociale molto diversi tra loro. L'universalità di queste norme richiede dunque flessibilità. Una volta ratificate, gli Stati membri sono tenuti ad adattare la legislazione nazionale ai principi contenuti nelle norme. Si pensò che la miglior garanzia per ottenere un reticolo normativo condiviso fosse quella di creare una sorta di Parlamento universale del lavoro che rappresentasse in maniera equa le forze in campo: la Conferenza internazionale del lavoro. Non solo i Governi degli Stati dunque, ma anche le organizzazioni maggiormente rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, si decise, dovevano avere un seggio alla Conferenza e condividere la funzione legislativa. Funzione normativa, universalità, flessibilità e tripartismo: le caratteristiche dell'Oil alle sue origini. La Convenzione numero 5 del 1919 sull'età minima di ammissione all'impiego, ad esempio, fu adottata proprio nel 1919 a definire le condizioni normative per contrastare il lavoro minorile: uno dei fenomeni che la Rivoluzione industriale aveva portato nei centri urbani occidentali. Sono 189 le Convenzioni adottate fino a oggi dalla Conferenza: un'azione normativa che non ha eguali in diritto internazionale e che tocca pressoché ogni ambito e settore del lavoro. Queste le origini dell'Oil. Da quel momento l'organizzazione navigò attraverso i maggiori eventi che caratterizzarono il secolo scorso. Nel 1945 entrò a far parte, come agenzia specializzata, del sistema delle Nazioni Unite che vide la luce proprio all'in-

domani del secondo conflitto mondiale. La globalizzazione che irruppe a cavallo dei due secoli rimise in discussione il contratto sociale che aveva caratterizzato fino a quel momento le relazioni industriali basate sui rapporti di forza tra il Governo e le parti sociali. Molti osservatori credettero che questo cambiamento avrebbe intaccato la *raison d'être* dell'Oil. Invece l'organizzazione seppe cavalcare il cambiamento e cambiare passo. Fu nel 1999 che l'allora direttore generale dell'Oil coniò il concetto di *Decent Work*, da tradurre in italiano con l'aggettivo «dignitoso». Il tempo della legiferazione assidua era passato, ma il collante del lavoro restava sempre necessario per mantenere la pace sociale, anche durante i drammatici cambiamenti sociali che la globalizzazione portava con sé. Era però giunto il tempo di definire i contorni del lavoro. Il nuovo contratto sociale prevedeva che il lavoro da promuovere e sostenere fosse un lavoro dignitoso, dal latino *dignus*, che è un ricalco del termine greco *axios*, assioma. La dignità è un assioma, un valore intrinseco che scaturisce dall'essere umano, un valore ontologico che non dipende da nessuna scelta. Il lavoro deve essere dignitoso, in quanto deriva dall'intima nobiltà dell'uomo. In termini più tecnici, il lavoro dignitoso è un lavoro produttivo, per donne e uomini, eseguito in condizioni di libertà, equità, sicurezza e dignità umana. Un lavoro indispensabile per ridurre la povertà e ottenere uno sviluppo equo, inclusivo e sostenibile. Queste le origini e la natura del lavoro dignitoso; in questo breve articolo si vedrà in che condizioni versa oggi tale concetto e quali sono le prospettive per il suo futuro.

2. — *L'attualità del lavoro dignitoso* — In quali condizioni versa dunque il lavoro dignitoso ai nostri giorni? Dopo la crisi del 2008 e la successiva ripresa, l'economia globale continua a dare segnali di debolezza e incertezza. Il lavoro dignitoso non può non risentire di questa situazione e ne esce anch'esso ridimensionato e vulnerabile. Il rallentamento dell'economia globale nel 2015 si aggira attorno al mezzo punto percentuale rispetto alle stime, alle aspettative e agli investimenti (in ragione di un +3,1% di crescita in termini assoluti). Tale frenata perdurerebbe anche nei prossimi anni, anche se non dovrebbe inasprirsi ulteriormente (1). Il rallentamento della locomotiva cinese, la debolezza delle economie emergenti e il declino accentuato dei prezzi delle materie prime sono le ragioni principali di questa frenata. Anche perché questa situazione ha colpito, di rimando, anche altri grandi paesi esportatori di materie prime, come il Brasile o la Russia, trascinandoli addirittura in un periodo di recessione impensabile solo po-

(1) Oil 2015a.

chi anni prima. Altro segnale preoccupante è il commercio, che tipicamente cresceva a una velocità doppia rispetto all'economia globale, mentre adesso fatica a tenerne il passo. Prezzi bassi, economia asfittica e commercio stagnante sono i tratti di questo quadro desolato. La prima conseguenza è l'aumento della disoccupazione globale. In un anno sono andati in fumo un milione di posti di lavoro, con l'esercito dei disoccupati che si appresta a raggiungere la poco invitante soglia delle 200 milioni di unità (197,1 milioni al momento). Quel che è peggio è che tale aumento si sta verificando soprattutto nei paesi emergenti, creando disorientamento. Queste economie, infatti, per anni hanno cavalcato l'entusiasmo della loro giovane popolazione, ma soprattutto sono state gonfiate dai prezzi generosi delle materie prime che esportano. Questo rallentamento potrebbe avere anche un effetto ritardato sul mercato del lavoro, con un incremento della disoccupazione che potrebbe aumentare di 2,3 milioni nel 2016 e ancora di 1,1 milioni di unità nel 2017. I numeri del lavoro dignitoso regrediscono a un ritmo preoccupante. Ma oltre alla quantità, ne risente anche la qualità. Il lavoro vulnerabile e precario che pure era in riduzione negli anni precedenti, sembra stabilizzarsi. Oggi un lavoro su due può essere definito vulnerabile (circa 1,5 miliardi di posti di lavoro, 46% del totale). In Africa subsahariana e in Asia meridionale, la percentuale tocca picchi del 70%. Lavoro precario significa anche limitata o inesistente protezione sociale, salari volatili, discriminazione di genere e bassa produttività. Con la stabilizzazione del lavoro vulnerabile rallenta anche l'espansione della classe media (2) nelle economie emergenti. Un fatto non soltanto economico. Molti osservatori sostengono che l'espansione della classe media ha anche contribuito a mantenere sotto controllo le tensioni sociali, che invece potrebbero esacerbarsi se queste tendenze venissero confermate. In virtù della vulnerabilità del lavoro aumentano anche le disuguaglianze e il coefficiente Gini (3) si allontana dalla sua ideale e utopica bisettrice (4). Povertà del lavoro significa anche povertà *tout court*. Nel 2015, 327 milioni di lavoratori versavano in condizioni di estrema povertà (5) e 967 milioni in condizioni di povertà moderata (6). In realtà queste cifre denotano un for-

(2) La classe media è definita da consumi giornalieri *pro capite* tra i 5 e i 13 dollari a parità di potere di acquisto.

(3) Il coefficiente Gini misura la disuguaglianza nella distribuzione del reddito e della ricchezza.

(4) Il coefficiente Gini a zero, cioè con la retta che taglia a 45 gradi il grafico, significa perfetta uguaglianza di reddito tra tutti i membri di una società.

(5) Versa in povertà estrema chi dispone di meno di 1,90 dollari al giorno.

(6) Versa in povertà moderata chi dispone tra 1,90 e 5 dollari al giorno.

te miglioramento dai primi anni 2000, ma questa spinta positiva si è del tutto esaurita negli ultimi tre o quattro anni. Per la prima volta dalla Rivoluzione industriale, l'estrema povertà aumenta anche in Europa, concedendo alla globalizzazione il *lusso* di estendersi anche alla miseria. Quando vi è penuria di lavoro dignitoso, le persone si scoraggiano e smettono di cercare lavoro. Soltanto nel 2015, 26 milioni di persone sono uscite di fatto dal mercato del lavoro. In termini percentuali, ci si aspetta che la partecipazione al mercato del lavoro continuerà a decrescere e raggiungerà un preoccupante e misero 60% nel 2020. Considerando che questa diminuzione non è omogenea e colpisce maggiormente le economie emergenti rispetto a quelle sviluppate, è lecito aspettarsi scompensi demografici e un corrispettivo aumento dell'emigrazione. Le cose non vanno meglio sul fronte della protezione del lavoro. L'Oil qualche anno fa lanciò un'iniziativa per estendere a tutti i requisiti minimi della protezione sociale, ma tale istituto a oggi assomiglia più a un privilegio per pochi che a un diritto universale. Soltanto il 27% della popolazione globale vi ha accesso. Se si aggiunge che nella maggior parte delle economie emergenti il settore informale raggiunge il 60-70%, si desume che sono davvero pochi coloro che possono contare su una pensione o un'assicurazione malattia. L'economia attuale, la quarta Rivoluzione industriale di cui tanto si parla, ha certamente contribuito a ridurre la povertà assoluta, ma di certo non ha accresciuto la solidarietà. Ultimamente la globalizzazione dell'economia ha contribuito a trasformare anche il sistema produttivo attraverso catene di produzione (*supply chain*) multinazionali o globali. È sempre più difficile identificare la «nazionalità» di un prodotto, risalire al capostipite del suo albero genealogico. *Made in the world* andrebbe scritto sulle etichette di alcune magliette diseguate in Italia, finanziate da un'azienda olandese, utilizzando cotone indiano e manodopera indonesiana. Certamente la liberalizzazione della produzione ha creato e continua a creare enormi possibilità di impiego, e significa l'uscita dalla povertà o semplicemente la sopravvivenza per centinaia di milioni di persone. Questa è l'economia reale, che crea impiego, ed entusiasmo e che va tutelata. Ma il fatto di produrre in un sistema globale e non nazionale riduce le possibilità di controllo da parte delle autorità nazionali (ispezione del lavoro) e crea i presupposti per un rilassamento dei diritti dei lavoratori e delle condizioni di lavoro in nome del profitto, della produttività e della competizione. L'internazionalizzazione dei mercati significa anche un maggior numero di lavoratori in viaggio in cerca di lavoro. 232 milioni di persone emigrano per lavoro attualmente, il doppio rispetto al 1990. Questo è un fenomeno talmente dinamico che faticiamo tuttora a capirlo. Sappiamo che questi lavoratori contribuiscono

enormemente alla crescita del mercato del lavoro dei paesi di destinazione e, indirettamente, attraverso le *remittances* (7), anche di quelli di origine. Ma sappiamo anche che questi lavoratori sono costretti ad accettare condizioni di lavoro durissime, a volte oltre la soglia dello sfruttamento e subendo angherie di tipo xenofobo o razzista. Infine, ogni anno 2,3 milioni di lavoratori perdono la vita sul luogo del lavoro: un dato che non ha bisogno di commenti. È meno conosciuto il fatto che questa ecatombe comporta un costo per i paesi che, in termini economici, ammonta al 4% del prodotto globale. Una situazione simile suggerisce un cambiamento nelle politiche economiche e nelle politiche di impiego. Continuare con le ricette attuali e volgere lo sguardo altrove non può che esacerbare le tendenze attuali e creare i presupposti per una crisi globale alimentata dalle diffuse ineguaglianze socioeconomiche. Da un lato, è necessario riformare le istituzioni che regolano il mercato del lavoro e fare in modo che i sistemi di protezione sociale raggiungano la maggior parte dei lavoratori, soprattutto quelli più vulnerabili, per evitare un aumento della disoccupazione e della povertà. D'altro lato, le istituzioni finanziarie dovrebbero riavvicinarsi all'economia reale e sostenere investimenti che possano creare lavoro.

3. — *Il futuro del lavoro dignitoso* — Come potrebbe essere il lavoro del futuro? Ovviamente non può esserci una risposta certa a questa domanda, ma si cercherà di vedere alcuni aspetti che potrebbero caratterizzare il rapporto del lavoro nei prossimi anni, basandosi sui *trends* attuali, sulle incertezze vissute e quelle che potrebbero ripetersi. Secondo Freud, il lavoro è ciò che lega l'individuo alla società; quando questo legame è interrotto, le conseguenze per l'individuo sono molto serie e a lungo termine anche devastanti. L'accesso al lavoro è sempre stato una *condicio sine qua non* per lo sviluppo personale e per l'inclusione sociale. E così è stato per il luogo di lavoro, che ha sempre rappresentato il *topos* per antonomasia dove le relazioni sociali si forgiavano e consolidano.

Il modo in cui il lavoro cambierà in futuro avrà dunque delle ripercussioni anche sulla società che verrà. La prospettiva di un lavoro unico per tutta la vita è già diventata obsoleta. La domanda è capire fino a che punto tale archetipo (se di archetipo si può parlare) verrà sostituito con forme di lavoro ancora più flessibile, di breve e transitoria durata. Bisognerà vedere fino a che punto si spingerà la mobilità spaziale funzionale dei lavoratori. Anche le caratteristiche del luogo di lavoro stanno cambiando, con unità lavorative sempre più piccole, distanziate tra loro e disconnesse dalle

(7) Si tratta del guadagno dei lavoratori migranti inviato nei paesi di origine.

comunità. È possibile che forti legami e relazioni create negli anni grazie alla prossimità delle relazioni di lavoro vengano corrosi e progressivamente eliminati. Il vero rischio qui è l'alienazione degli individui, se le attuali tendenze alla flessibilità fossero confermate. Certamente è del tutto legittimo vedere le cose in maniera diametralmente opposta. I *trends* attuali descrivono un mercato del lavoro senza limiti, del tutto libero e che offre innumerevoli e finora sconosciute possibilità di impiego per coloro che sapranno adeguatamente presentarsi sul mercato. Inoltre, un'economia basata fundamentalmente sulla conoscenza, crea i presupposti per valorizzare e gratificare lavoratori che posseggono le necessarie competenze, creando un mercato del lavoro più dinamico e meritocratico. I dividendi di un'economia di questo tipo dovrebbero essere un arricchimento delle capacità cognitive della popolazione e un mercato del lavoro meno frammentario e meno ripetitivo. Che lo si veda come un limite o come un'opportunità, è sempre più l'individuo con le sue iniziative, e sempre meno la famiglia o la comunità, che media e medierà in futuro le relazioni tra lavoro e società. Potrebbero prevalere i rischi di segregazione e individualizzazione o le opportunità di impiego e iniziativa; l'importante è non ignorare il fenomeno e indagare sulle conseguenze del mutato rapporto tra lavoro e società. Con questi presupposti, cerchiamo di scoprire quale potrebbe essere il futuro delle relazioni di impiego e delle relazioni industriali, per poi gettare uno sguardo su alcuni aspetti specifici come la digitalizzazione dell'economia, le linee del contratto sociale del futuro e gli aspetti motivazionali (se, per quanto tempo e dove si sceglierà di lavorare). Ciò che ha sempre contraddistinto le relazioni di lavoro è l'organizzazione gerarchica: il datore di lavoro ha il potere di dirigere, controllare e disciplinare i lavoratori e le loro *performances*. È attraverso la relazione di lavoro che i diritti e gli obblighi reciproci tra gli attori del rapporto di lavoro vengono definiti. A livello nazionale, questa relazione consente ai lavoratori di godere dei diritti loro riconosciuti e di accedere ai servizi di protezione. A livello internazionale, le Norme internazionali del lavoro disegnano il reticolo di queste relazioni (8). La prima vera rivoluzione avvenne nel XIX secolo, quando il passaggio dalla produzione agricola a quella industriale cambiò del tutto il modo in cui il lavoro veniva offerto e prestato: in città sconosciute, per la prima volta geograficamente e culturalmente distanti dai luoghi di residenza dei lavoratori. Questo cambiamento, come abbiamo ricordato, creò i presupposti per le riforme sociali e la nascita dei movimenti dei lavoratori (9).

(8) Oil 2006.

(9) Oil 2003.

Questa nuova forma di relazione di lavoro era una situazione *win-win* per i datori di lavoro e i lavoratori. Durante l'era fordista, infatti, l'accresciuta produttività comportava un beneficio non solo per gli imprenditori, ma i guadagni venivano distribuiti in maniera abbastanza equa e le relazioni di lavoro erano caratterizzate da contratti a lungo termine, salari più alti ed estesa protezione sociale. Si parlava di «contratto psicologico» proprio a enfatizzare l'entusiasmo e l'ottimismo che derivava da tale tipo di relazioni. Attraverso la colonizzazione, questo modello, che si era sviluppato in circostanze che possiamo definire «occidentali», veniva esportato nel resto del mondo. Anche se il colono manteneva privilegi enormi rispetto alla popolazione autoctona. Anche le innovazioni tecnologiche hanno influenzato le relazioni di lavoro, e le frontiere attualmente raggiunte dalla tecnologia dell'informazione hanno facilitato l'avvento di nuove forme di impiego, come la cosiddetta *gig economy*, caratterizzate da contratti temporanei e di corta durata (10). Cambiamenti fondamentali nella gestione delle risorse umane sono state, poi, dettate dall'avvento delle *global supply chain*, che, come abbiamo visto, hanno portato a un'ulteriore atomizzazione delle relazioni di impiego. Ma allo stesso tempo, in molte parti del mondo, l'economia e la produzione rimangono fortemente immutate e legate alla produzione agricola, anche di sussistenza. La continua creazione di posti di lavoro rimane un disperato bisogno in molti paesi, la cui crescita, anche se sostenuta, non riesce ad assorbire l'onda d'urto dei giovani che si affacciano sul mercato del lavoro. Un andamento delle relazioni di lavoro ondivago o schizofrenico, dunque, che comunque ha tuttora un impatto sulla società. In quei paesi in cui la struttura del mercato del lavoro sta cambiando e la proporzione di lavoratori nei rapporti di impiego dipendente sta diminuendo, resta da vedere come le relazioni di lavoro si adatteranno al crescente bisogno di capitale e lavoro dettato dall'economia globale. Mentre per i paesi che ancora si confrontano con il bisogno di creare sempre più posti di lavoro, bisognerà capire se il rapporto di lavoro tenderà a una maggiore flessibilità e minore protezione dei lavoratori, oppure ricalcherà i canoni conosciuti finora.

4. — *Un nuovo contratto sociale?* — Molti osservatori si chiedono se i repentini cambiamenti socioeconomici degli ultimi anni abbiano eroso il contratto sociale così come lo abbiamo conosciuto finora – o al quale abbiamo aspirato – e se si stiano ponendo le fondamenta per uno nuovo. Difficile da definire, il contratto sociale è una sorta di accordo implicito tra

(10) Oil 2016a.

i membri di una società, un mutuo compromesso tra i cittadini e lo Stato, con i primi che rinunciano a una parte della loro libertà per ottenere protezione dal secondo. L'Oil traduce questo istinto in termini nobili: costituzionalmente, l'Oil promuove il contratto sociale come mezzo per ottenere il fine ultimo: la giustizia sociale. In termini economici, questo contratto ideale è composto da forte produttività, pieno impiego, crescita economica, libera iniziativa e protezione sociale. Una formula forse ideale, molto vicina all'assioma del lavoro dignitoso ma, come quest'ultimo, molto ambiziosa. Questo in termini concettuali. In termini pratici e nell'attuale contesto, il contratto sociale diventa una chimera. Quattro sono le forze che spingono in suo sfavore: l'ineguaglianza, la globalizzazione, la tecnologia e l'informalità. L'ineguaglianza in termini di distribuzione e redistribuzione delle ricchezze, di sicurezza sociale, di accesso al reddito, all'educazione e alla formazione, di dispari opportunità tra uomini e donne e nelle sue mille altre manifestazioni sta aumentando. È un dato di fatto: il mondo è sempre più diseguale (11). La tecnologia attuale dell'informazione ci fornisce accesso virtuale, simultaneo e continuato a questa scomoda verità, ma l'economia attuale non è in grado di cambiarla. In termini assoluti la povertà sta diminuendo ma, paradossalmente, l'esclusione sociale dei gruppi più svantaggiati e che vivono in condizioni di povertà estrema sta aumentando (12). Nessuno degli elementi della formula magica del contratto sociale può funzionare se una parte della popolazione globale versa ancora in queste condizioni. Poco male, si direbbe, visto che la mobilità sociale permette a chiunque di scalare i gradini della società e di lasciarsi l'ineguaglianza alle spalle. Non è così. La mobilità sociale è in crisi anch'essa. O meglio, non ha mantenuto le aspettative (13). In molte parti del mondo, le generazioni di giovani non possono aspirare a ottenere il livello di benessere dei loro padri. Questa è una drammatica inversione di tendenza, visto che per decenni le generazioni più recenti avevano sempre superato le precedenti creando i presupposti per crescita, produttività e consumo. L'informalità è l'altra scheggia impazzita dell'economia. La globalizzazione, il progresso tecnologico, l'estensione dello stato di diritto, l'adozione ossessiva di nuove norme contrattuali lascerebbero presagire un arretramento dell'informale. Invece aumenta, e non solo nei paesi più poveri, ma soprattutto nei paesi ricchi (o ex ricchi) e in quelli che ricchi lo stanno diventando. Si arricchiscono a scapito della formalità. In alcuni paesi membri del

(11) Ravaillon 2014.

(12) Undesa 2016.

(13) Oil 2012.

club dei nuovi *Middle Income Countries* (Mic) l'informalità tocca punte vertiginose, fino a raggiungere l'80% della produzione. L'informalità è l'esatto contrario del contratto sociale: non c'è accordo tra Stato e individuo, solo un cortocircuito che lascia l'individuo solo di fronte alle fatalità. Probabilmente tenendo conto di tali promesse, per la prima volta nel 2004 la *World Commission for the Social Dimension of Globalisation* (14) ha fatto appello a un nuovo contratto sociale. Gli elementi della nuova formula dovrebbero essere, secondo la Commissione, un rinnovato impegno al dialogo sociale nella formulazione delle politiche economiche e di impiego, il riconoscimento che il bisogno di maggiore efficienza e produttività deve essere bilanciato con il diritto dei lavoratori a una maggiore sicurezza e a opportunità più eque e il riconoscimento che la strada più lunga e tortuosa della collaborazione tra *business* e lavoro porti più lontano rispetto alla scorciatoia dei tagli e della *deregulation*. Rispetto al contratto sociale classico, quello nuovo presenta l'elemento del dialogo, partendo dal presupposto che l'individualismo finora ha avuto la meglio sul compromesso sociale su cui era fondato il vecchio contratto.

5. — *L'impatto dell'innovazione tecnologica* — Qualche parola in più va spesa sul tema dell'innovazione tecnologica e sull'impatto che avrà sul lavoro del futuro. La questione è molto più complessa di come appare. Prevale, a prima vista, la visione pessimistica. Perché è la più ovvia, ma anche la più banale. Tale visione presuppone che l'automazione e la frammentazione del sistema produttivo perduri e si accentui in futuro (15). Secondo questa visione, il libero mercato mette sotto pressione le imprese per aumentare la loro produttività e diminuire i costi. La competizione, così, spinge le imprese a investire in tecnologia per ridurre il personale e migliorare la produttività. L'obiettivo in alcuni casi è l'automatizzazione dell'intera catena di produzione. Alcuni ricercatori sostengono che se l'automatizzazione dovesse continuare ai ritmi attuali, il 47% degli impieghi negli Stati Uniti o il 35% in Germania si troverà ad alto rischio di estinzione nei prossimi due decenni (16). Inoltre, le nuove tecnologie di comunicazione, informazione e trasporto e nuovi istituti quali gli accordi commerciali e di libero scambio contribuiranno sempre più alla divisione del lavoro e alla frammentazione della produzione. L'alta competitività del mercato globale porterà, quindi, maggiore automazione, maggiore frammenta-

(14) Globalisation 2004.

(15) Ford 2015.

(16) Frey 2016.

zione e minore impiego (17). Potenzialmente un disastro. Ma proviamo a vedere le cose sotto un altro angolo. È possibile che l'avvento della tecnologia abbia dei risvolti positivi per il lavoro? Forse sì. In primo luogo, la tecnologia porterà innovazione, e con essa nuove attività economiche che creeranno impiego (18). Il punto è capire se le nuove leve del mercato saranno abbastanza forti da compensare la perdita diretta di posti di lavoro dovuta all'automazione. In secondo luogo, il processo innovativo crea domanda di impiego nel settore della stessa produzione innovativa. I nuovi robot e computer devono essere concepiti, disegnati e prodotti, e ciò porterà a un aumento della domanda di lavoro per la quarta Rivoluzione industriale. In terzo luogo, è ovvio e provato che uno degli obiettivi e delle conseguenze della produzione tecnologica è la diminuzione degli orari medi di lavoro. Ciò potrebbe portare a un aumento di domanda di attività ricreative (turismo, sport, salute e simili), che a sua volta creerà impiego (19). Se si avverasse, bisognerebbe parlare di riduzione di orari di lavoro e di ribilanciamento dell'equazione vita-lavoro, piuttosto che di aumento della disoccupazione per mano della tecnologia (20). In quarto luogo, la conoscenza scientifica applicata al mercato produrrà nuovi beni che, anch'essi, andranno concepiti, disegnati, prodotti e distribuiti, creando così nuovi posti di lavoro in un settore nuovo. Ad esempio, non si produrranno più soltanto pneumatici per le auto, ma pneumatici con sensori per migliorare la sicurezza sulle strade. I sensori andranno concepiti, disegnati e prodotti da nuovi lavoratori specializzati (21). Inoltre, molti di questi nuovi robot non rimpiazzeranno del tutto l'uomo, ma contribuiranno ad accrescerne le capacità cognitive e fisiche: i lavoratori si concentreranno su quelle mansioni che i robot non potranno svolgere. Quindi, invece di distruggere occupazione, i robot contribuiranno a cambiare la natura del lavoro. In relazione al cambiamento della natura del lavoro, un ultimo aspetto da considerare è che molti osservatori (22) iniziano a parlare di *polarizzazione* del lavoro, teorizzando che in futuro ci saranno soltanto due classi di lavoratori: coloro dotati di alte competenze e coloro dotati di basse competenze. Scomparebbe la classe dei mediamente competenti. Ci saranno soltanto coloro che concepiranno i robot (alte competenze) e coloro che se ne prenderanno cura (manutenzione, logistica, movimentazione ecc.). Gli effetti

(17) Technology Quarterly 2015.

(18) Vivarelli M. 2007.

(19) Posner 2011.

(20) Spiezia V., Vivarelli M. 2000.

(21) Technology 2014.

(22) Autor 2003.

di tale *polarizzazione* andrebbero studiati, e di certo si farebbe bene a tenere conto di questo elemento nelle politiche di educazione e formazione, di modo che le nuove generazioni di lavoratori possano prepararsi al cambiamento. L'obiezione che si può portare a questi argomenti ottimistici è che gli effetti della tecnologia variano e varieranno enormemente nei diversi contesti socioeconomici. Giusto. I paesi più avanzati tecnologicamente potranno forse contare sui benefici dell'automazione, mentre le economie meno resilienti potrebbero esserne ulteriormente danneggiate. Di certo, questo è un punto sul quale andrebbe la pena approfondire la ricerca: dobbiamo capire meglio le ricadute a livello nazionale degli effetti compensatori della tecnologia sul mercato del lavoro (23).

6. — *L'aspetto motivazionale* — Considerato che, come si è visto, il tempo in cui le macchine sostituiranno completamente i lavoratori non è ancora prossimo, vale la pena volgere lo sguardo sul lavoratore stesso e sull'aspetto motivazionale. Soffermendosi sulle ragioni che spingono un lavoratore a cercare un certo tipo di lavoro, a una certa età e in un certo luogo, si può immaginare quali potrebbero essere i *trends* futuri del lavoro stesso. Contano innanzitutto i numeri e l'aspetto demografico. E se si parla di numeri bisogna cominciare dalla Cina e dall'India. Questi due paesi, da soli, contano circa il 40% della popolazione globale. Si calcola che entro il 2030 entrambi i paesi incasseranno il cosiddetto «dividendo demografico»: vedranno cioè un aumentare della popolazione in età lavorativa e quindi una più forte offerta di lavoro, malgrado un rallentamento generale della crescita della popolazione. Cina e India allora si troveranno nella necessità di trovare lavoro a questo nuovo esercito di lavoratori senza rinunciare possibilmente alla crescita economica. Tale impari sfida verrà parzialmente agevolata dal fatto che a quel punto i risparmiatori (coloro in età lavorativa) supereranno per la prima volta il numero dei non risparmiatori (i giovani) dando così un impulso ai consumi e all'economia in genere. Ma questi numeri non valgono soltanto per le due superpotenze demografiche. L'Oil calcola che oggi nel mondo si affacciano sul mercato del lavoro ogni anno 40 milioni di nuovi lavoratori, il che significa che tra oggi e il 2030 l'economia mondiale dovrà creare 600 milioni di posti di lavoro (24). Tra l'altro questi nuovi 600 milioni di posti di lavoro da creare andranno ad aggiungersi ai 62 milioni di posti che attualmente mancano all'appello (25).

(23) Nubler 2013.

(24) Oil 2016b.

(25) Oil 2015b.

E anche se questa tendenza non è omogenea tra le varie regioni del mondo, si calcola che, comunque, dopo il 2050 tutte le economie del mondo saranno entrate nella fase di invecchiamento della popolazione. Si possono fare tante considerazioni su questi due aspetti che abbiamo visto fin qui, e cioè l'aumento dell'offerta di lavoro e l'invecchiamento della popolazione, ma in questo contesto sembra giusto far notare che l'aspetto motivazionale e decisionale del come e quando lavorare è fortemente ridimensionato, se non del tutto annullato. Bisogna lavorare tutti e più a lungo, altrimenti la cifra dei disoccupati è destinata ad aumentare e non si riuscirà a sostenere gli anziani. Certo che da sempre la scelta tra lavorare e non lavorare, a parte per alcuni privilegiati o alcune nicchie della popolazione, non si è mai posta, ma l'elemento nuovo che si sta verificando è che non si può neppure più scegliere quando iniziare a farlo e per quanto tempo. Ciò ha ovviamente delle conseguenze non soltanto sotto l'aspetto psicologico dell'individuo e della società, ma anche sulle politiche educative e pensionistiche che gli Stati dovranno mettere in atto in futuro. Sarebbe interessante approfondire questo punto. Si è visto finora l'aspetto decisionale del lavoratore circa il *quando* lavorare. Vediamo ora il *dove* lavorare, e se anche qui è davvero possibile scegliere. Anche in questo caso diamo dapprima uno sguardo ai numeri, che ci indicano che la migrazione per lavoro è in costante aumento. Secondo le Nazioni Unite, nel 2015 c'erano 244 milioni di migranti, 71 milioni in più rispetto al 2000 (26). Un incremento del 41% in soli 15 anni. 150 di questi 244 milioni sono lavoratori ed emigrano in cerca di lavoro. È aumentata drasticamente anche la percentuale di donne: laddove una volta l'uomo giovane rappresentava il migrante tipo, oggi molte più donne emigrano non per seguire la famiglia, ma loro stesse per cercare lavoro. L'Oil stima che tra i 150 milioni lavoratori migranti, 55% sono uomini e 45% donne. L'uguaglianza di genere, se non altrove, si è raggiunta nel campo della migrazione (27). La migrazione per lavoro, oltre a essere molto più estesa rispetto al recentissimo passato, è anche più complessa. Categorie come i paesi di partenza, di transito e di destinazione non sono più così demarcate, e ogni paese può far parte di ognuna di esse. La decisione di emigrare per ragioni legate al lavoro dipende da molti fattori. La teoria dell'immigrazione, vista principalmente sotto l'aspetto economico, distingue fattori che spingono a emigrare e fattori che attirano la migrazione (*push and pull factors*). Un lavoratore può prendere tale decisione attratto dalle prospettive di impiego che un membro della famiglia o

(26) Un 2015.

(27) Oil 2016c.

della comunità che già si trova nel paese di destinazione gli presenta (*pull factor*). Oppure lo stesso lavoratore potrebbe non avere un lavoro sicuro nel suo paese o essere stato colpito duramente da un'annata particolarmente magra di raccolti, ed ecco che nasce in lui o in lei la motivazione per emigrare e cercare migliore fortuna altrove (*push factor*). Vi è poi un terzo elemento formato dalla rete di conoscenze (*network*) che si dirama attorno alla migrazione. Il *network* prende varie forme, dalla semplice presenza di familiari dell'aspirante migrante nel paese di destinazione, al sistema formale di reclutamento, al prestat soldi o, nel caso dell'immigrazione clandestina, al trafficante di essere umani che lucra sulla disperazione dei lavoratori. Questi tre fattori (*push-pull factors* e *network*) variano nelle motivazioni che spingono i singoli a emigrare. Ma, in generale, si può affermare che i *push-pull factors* hanno più peso nelle prime fasi di un flusso migratorio, mentre il *network* gioca un ruolo più importante quando il flusso si è formato e stabilizzato. In questo schema classico della teoria dell'immigrazione si inserisce un elemento nuovo: la crescente disuguaglianza, di cui si è già parlato. Disuguaglianze in termini di opportunità educative, formative, di lavoro dignitoso e di sviluppo sociale (e non solo economico) si aggiungono adesso ai classici fattori economici motivazionali che hanno prevalso finora. Per completare il quadro, è opportuno menzionare anche le crisi indotte dalla natura e dall'uomo: disastri naturali e cambiamenti climatici, da un lato; guerre, terrorismo e insicurezza, dall'altro. Anche questi aspetti giocano ormai un ruolo preponderante nel convincere un lavoratore a spostarsi. Il sopraggiungere di questi elementi motivazionali non economici aumenta la distanza tra la scelta e la necessità di emigrare. Anche riguardo al *dove* lavorare, quindi, scegliere è sempre più difficile.

Una volta deciso di emigrare, si pone il problema di dove andare. Sondaggi tra i migranti suggeriscono che alla classica ed esclusiva domanda che ci si poneva in passato «dove posso guadagnare di più?» adesso ci si chiede «dove sono ben accolto?». La sicurezza, il fattore emotivo di non rischiare di sentirsi esclusi o peggio disprezzati nel nuovo paese, è un elemento nuovo. E si è accolti con più entusiasmo dove si è utili. Ultimamente, il riconoscimento formale delle proprie competenze ha un peso sempre più importante. Ci si chiede se i titoli di studio acquisiti in patria o le certificazioni professionali saranno valide e riconosciute nel paese di destinazione. Non sorprende in questo contesto che l'Unesco rilevi un crescente bisogno tra gli Stati membri di accordi circa la certificazione internazionale di competenze e la più forte domanda di sistemi di accreditamento *online* (28).

(28) Unesco 2015.

Le politiche nazionali di migrazione, di conseguenza, si adattano a questi nuovi fattori. La tendenza attuale è indubbiamente il consentire e promuovere migrazioni di durata temporanea e non permanente (29). L'Oil ha notato un fiorire di politiche e regolamentazioni migratorie temporanee che tipicamente prevedono condizioni di ingresso e di soggiorno più stringenti e meno favorevoli per i lavoratori con competenze basse e più favorevoli e incentivanti per quelli con competenze più alte. Oltre a regolamentazioni che prevedono clausole di ritorno dei lavoratori molto più forti e slegate dai bisogni del mercato del lavoro. Da un lato, i paesi di destinazione cercano di trarre vantaggio dalla crescente offerta di migrazione evitano i problemi relativi alle conseguenze socioeconomiche di una migrazione di lunga durata. Dall'altro, i paesi di origine cercano di limitare il fenomeno cosiddetto della «fuga di cervelli» (*brain drain*) promuovendo incentivi per il rientro. Infine, i migranti stessi e le loro famiglie possono preferire un'emigrazione di corta durata rispetto ai rischi legati all'inserimento definitivo in una nuova società.

Di conseguenza, sono sempre più i paesi di destinazione con le loro scelte politiche e sempre meno il mercato del lavoro a determinare chi può migrare e a quali condizioni. Per queste ragioni, si sta generalizzando la politica del «*welcome the skilled and rotate the unskilled*», che favorisce l'integrazione del lavoratore con alte competenze e un utilizzo temporaneo del meno competente (30). A questo riguardo, la Banca mondiale fa notare che la convinzione che ormai viviamo in una «*knowledge economy*», un'economia basata sulla conoscenza, può spiegare questa sorta di «mercantilismo del capitale umano» rappresentato dalla formula «*welcome the skilled and rotate the unskilled*» (31).

Si può guardare a questo fenomeno con occhio ottimistico o pessimistico. Se si è ottimisti, si spererà che un maggior flusso di talenti rafforzerà i legami tra i paesi sviluppati e in via di sviluppo con conseguente aumento di commercio e scambio intellettuale. Un pessimista dirà invece che la caccia globale ai talenti verrà vinta dalle società ed economie più sviluppate e organizzate, ampliando così la frattura tra i paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo. Con il corollario preoccupante dell'ulteriore aumento delle disuguaglianze (32).

Tra pessimismo e ottimismo, le implicazioni di politiche temporanee di

(29) Oecd 2008.

(30) Kuptsch 2011.

(31) Bank 1999.

(32) Kuptsch C., Pang E.F. 2006.

lavoro per i migranti hanno conseguenze reali. Non tutti i diritti e non tutta la legislazione di protezione del lavoro saranno estesi in ugual misura ai cosiddetti lavoratori migranti temporanei, e sarà anche più difficile applicare politiche antidiscriminatorie. Inoltre, è possibile che sia i lavoratori temporanei che i loro datori di lavoro vorranno estendere oltre i limiti consentiti il rapporto di lavoro; i lavoratori potrebbero non aver ancora raggiunto gli obiettivi di risparmio che si erano prefissati, e i datori di lavoro vorranno poter beneficiare per più tempo delle ricadute della formazione impartita ai lavoratori. Questa situazione potrebbe portare a un aumento del lavoro irregolare dei migranti, con conseguenze ben note già a oggi.

Da tutto ciò si desume che, a causa dell'organizzazione della migrazione e dell'evoluzione delle sue politiche, c'è il rischio concreto che i lavoratori migranti possano costituire una sottoclasse globale di lavoratori, disposti o costretti ad accettare lavori e condizioni di lavoro che altri non vogliono più accogliere.

7. — Megatrends — Nella nebulosa delle tendenze e delle speculazioni su quello che potrà essere il futuro del lavoro, sembrano potersi distinguere i lineamenti di almeno 4 macro tendenze o *megatrends*.

Il primo *megatrend* è legato alla crescita economica e all'occupazione. Si è visto che dopo l'ultima crisi si è assistito purtroppo a un forte rallentamento dell'economia un po' ovunque. Numeri alla mano, l'attuale *trend* di crescita non è nemmeno lontanamente sufficiente ad assorbire l'ondata di giovani che si affacciano sul mercato del lavoro. Attenzione però a ben delineare ciò che non sta funzionando. Non è tanto il fatto che l'esigua crescita attuale crei pochi posti di lavoro (*jobless growth*), quanto il fatto che la crescita stessa non sia né abbastanza rapida, né abbastanza sostenibile, né abbastanza inclusiva. Il problema aggiuntivo, e forse determinante, è che non si vede al momento attuale una convergenza di intenti tra i politici e gli economisti su quale debba essere la ricetta da seguire per invertire tale tendenza.

Il secondo *megatrend* è legato all'aspetto demografico. Visto che la demografia è una scienza esatta, la tendenza rispetto al lavoro che se ne deduce è tra le più attendibili. La prima certezza è l'invecchiamento della popolazione e la sfida di dover sopperire ai bisogni di un numero sempre più crescente di pensionati e anziani, disponendo di un'economia meno performante e meno inclusiva. La seconda certezza è la diversa relazione nelle varie regioni del mondo tra domanda e offerta di lavoro. Nei paesi in via di sviluppo, l'aumento della popolazione è molto più veloce della creazione di lavoro dignitoso, mentre la stagnazione demografica nei paesi svilup-

pati sta creando una carenza di attori sul mercato del lavoro. Tra le varie possibili conclusioni che si possono attribuire a questa situazione una è certa: che la mobilità dei lavoratori sarà un elemento imprescindibile del futuro del lavoro. Viste le deprecabili condizioni in cui questa mobilità si sta espletando attualmente, sarà fondamentale trovare le giuste ricette politiche sul come regolarla.

Il terzo *megatrend* è legato alla disuguaglianza. È innegabile che la disuguaglianza ha purtroppo accompagnato l'evoluzione della natura del lavoro anche in passato, ma quello a cui si sta assistendo oggi non ha precedenti. Se la disuguaglianza in termini di entrate e di ricchezza dovesse continuare a crescere nei prossimi trent'anni al ritmo con cui è cresciuta negli ultimi trenta, le conseguenze sarebbero sconosciute ma certamente drammatiche.

Il quarto e ultimo *megatrend* è legato all'innovazione tecnologica. Questa è la tendenza forse meno prevedibile e più fallace. Se si pensa che la rivoluzione tecnologica in corso possa essere equiparata alle precedenti, allora la storia ci insegna che, dopo un iniziale periodo di turbolenza, il mondo del lavoro ne uscirà rafforzato: più produttività, miglioramento delle condizioni di lavoro, più posti di lavoro e più prosperità. Se invece si pensa che questa volta le cose andranno diversamente, allora si può temere che l'attuale e futura tecnologia avrà un impatto distruttivo sul lavoro. Arduo, come si diceva, vederci chiaro. Ma in molti paesi l'umore è già passato da un'iniziale euforia per le innovazioni tecnologiche a un sentimento che l'età dei robot sia arrivata.

Come si è visto, il futuro del mondo del lavoro è incerto. Visioni pessimistiche e ottimistiche si accavallano. Alcuni *trends* appaiono quasi sicuri perché basati su dati statistici certi; altri non vanno al di là della semplice speculazione.

Una lettura diacronica di queste tendenze, tuttavia, sembra far propendere per un futuro del lavoro e della società non molto rassicurante. Prevalgono i timori e le ombre, soprattutto se si considera l'accelerazione vertiginosa dei dati relativi alla demografia, alla migrazione e alla disuguaglianza.

Ci vogliono misure egualmente vigorose e rapide per disinnescare questi pericoli. La macchina politica e legislativa dovrebbe operare a pieno regime per trovare contromisure, anche a costo di commettere errori. Ma, francamente, l'inerzia e l'indifferenza sembrano prevalere, e ciò non può essere positivo.

Riferimenti bibliografici

- Autor D. (2003), *Why are there still so many jobs?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 7-30.
- Bank W. (1999), *Knowledge for Development*, Oxford University Press.
- Ford M. (2015), *The rise of the Robots: Technology and the threats of a jobless future*, Basic Book.
- Frey C.B. (2016), *Project Syndicate, Creative Destruction at Work*.
- Globalisation W.C. (2004), *A fair Globalisation*, Geneva.
- Oil (2003), *The scope of Employment Relationship*.
- Oil (2006), *The Employment Relationship*.
- Oil (2012), *Global Employment Trends for Youth*.
- Oil (2015a), *World Employment and Social Outlook: Trends 2015*.
- Oil (2015b), *Global Employment Trends for Youth*, Geneva.
- Oil (2016a), *Non-standard forms of employment. Report for discussion at the meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment*, Geneva.
- Oil (2016b), *World Employment and Social Trends*.
- Oil (2016c), *Women at Work Trends*, Geneva.
- Kuption C. (2011), *Low-Skilled Labour Migration*, Oxford University Press.
- Kuption C., Pang E.F. (2006), *Competing for Global Talent*, Geneva, IILS/OIL.
- Nubler I. (2013), *A Theory of Capabilities for Productive Transformation: Learning to catch-up*.
- Oecd (2008), *International Migration Outlook*, Paris.
- Posner S. (2011), *Leisure time and technology*.
- Ravaillon M. (2014), *Are the World's poorest Being Left Behind?*, Washington, Usa.
- Spiezia V., Vivarelli M. (2000), *The analysis of technological change and employment*.
- Technology Quarterly (2015), *The Economist*.
- Technology A. (2014), *Driving Unconventional growth through the Industrial Internet of things*.
- Un (2015), *Department of Economic and Social Affairs*.
- Undesa (2016), *Report on the World Social Situation 2016*.
- Unesco (2015), *Education for All 2000-2015*, Paris.
- Vivarelli M. (2007), *Innovation and Employment*, in *Izda Discussion Paper*, n. 2621.

ABSTRACT

L'articolo propone una breve lettura diacronica del concetto e delle applicazioni del lavoro dignitoso. Dopo un'introduzione dedicata alla genesi del lavoro dignitoso, nella prima fase dell'articolo si delineano le condizioni nelle quali esso versa. In particolare, ci si sofferma sulle conseguenze che le ultime crisi economiche, il rallentamento dell'economia globale e il mutamento del sistema di produzione hanno avuto sulla quantità (occupazione) e sulla qualità (protezione, precarietà, vulnerabilità, innovazione) del lavoro dignitoso. Nella seconda parte si cerca invece di immaginare quale sarà il futuro del lavoro dignitoso. Si vede come tutti questi cambiamenti non abbiano finito per erodere il «contratto sociale» così come lo abbiamo inteso finora e se si stiano ponendo le basi per uno nuovo. Un'attenzione particolare viene posta sull'impatto delle innovazioni tecnologiche e sulle sue conseguenze, soffermandosi su quelle legate al fenomeno crescente della migrazione dei lavoratori. L'articolo concluderà identificando alcune megatendenze che, con gradi diversi di prevedibilità, dovrebbero confermarsi in futuro.

THE CHANGING NATURE OF JOBS

The article suggests a brief diachronic review of the Decent Work concept and implementation. After an introduction dedicated to Decent Work genesis and definition, the first part of the article will identify its current degree of implementation. A particular attention will be paid to the consequences that major changes – such as the last economic crisis, the slowdown of the global economy and the introduction of the global supply chain – will have on Decent Work as regards its «quantity» (employment) and «quality» (protection, precariousness, vulnerability, innovation). The second part of the article will try to outline the salient aspects of the future of Decent Work. Furthermore, the article will check the degree of erosion of the «social contract» and will consider if a new one is emerging. A particular attention will be paid to the technological innovation and its consequences, especially on growing phenomena like labour migration. The article will conclude by identifying four megatrends, which, with different degrees of predictability, might occur in future.

Chiara Saraceno (*)

POVERTÀ ED ESCLUSIONE SOCIALE OGGI IN ITALIA: CAUSE E POSSIBILI RIMEDI

SOMMARIO: 1. Le caratteristiche della povertà in Italia. — 2. L'impatto della crisi sulla povertà. — 3. Poveri per mancanza di lavoro e poveri nonostante il lavoro. — 4. Quali politiche di contrasto alla povertà?

1. — *Le caratteristiche della povertà in Italia* — Già nel 1986 Ermanno Gorrieri, presidente della prima Commissione di indagine sulla povertà, segnalava come la povertà in Italia avesse una doppia caratteristica: era fortemente concentrata territorialmente (nel Mezzogiorno) (1) ed era eminentemente una povertà familiare, nel senso che erano soprattutto le famiglie composte da tre o più componenti (quindi per lo più da genitori con figli) a essere povere, non le persone sole e neppure le coppie, a differenza di quanto avveniva in altri paesi, specie nel Centro-Nord Europa, ma similmente a quanto avveniva in altri paesi mediterranei. Questa doppia caratteristica si è rivelata persistente nel corso degli oltre trent'anni trascorsi dal primo Rapporto sulla povertà in Italia nel 1985.

Gorrieri aggiungeva che, mentre le disuguaglianze nei redditi da lavoro più che privilegiare il merito privilegiavano le rendite, a sfavore proprio dei ceti più modesti, il sistema redistributivo era a dir poco inefficiente e soprattutto cieco rispetto a quanto i carichi famigliari possano rendere molto diversi, in termini di adeguatezza, bilanci famigliari apparentemente simili.

Mancava in Italia, e manca tuttora, un sistema di sostegno al costo dei

(*) *Honorary fellow* presso il Collegio Carlo Alberto dell'Università di Torino.

(1) Come documentano Amendola *et al.* (2011), questa è una caratteristica che risale all'Unità d'Italia. Essi parlano, a questo proposito, di «extra-rischio» di essere poveri se si vive nel Mezzogiorno piuttosto che nel Settentrione: un extra-rischio che nel corso dei centocinquanta anni dall'Unità è aumentato. Conte *et al.* (2011) mostrano come, nell'arco di tempo più breve che va dal 1985 al 2000, è anche aumentato il divario Nord-Sud nella percentuale della popolazione non povera, ma a rischio di diventarlo non appena qualche cosa si inceppi nel fragile equilibrio di bilanci compressi (un figlio in più, una malattia, una spesa imprevista).

figli, se non universalistico, almeno selettivo non su base categoriale (come sono gli assegni al nucleo familiare destinati solo ai lavoratori dipendenti), ma esclusivamente su base reddituale. Esso ridurrebbe il rischio di povertà delle famiglie con figli a reddito modesto, ove si concentrano i rischi di povertà. L'assegno per il terzo figlio, introdotto nel 1997 e destinato alle famiglie a basso reddito con almeno tre figli tutti minori, non ha il limite della categorialità, ma centra solo molto parzialmente l'obiettivo, non solo per l'importo ridotto, ma perché richiede, appunto, che i figli siano tutti minorenni. Appena uno diviene maggiorenne, il sostegno viene meno, come se la maggiore età comportasse automaticamente l'accesso a un reddito aggiuntivo. Mancava, e manca tutt'ora, anche una garanzia di reddito minimo per chi, occupato, disoccupato o inoccupato, è povero in base non solo al reddito individuale ma anche a quello familiare.

Il carattere familiare della povertà in Italia si è, se possibile, accentuato dalla seconda metà degli anni novanta in poi, quando i minori hanno sorpassato gli anziani per incidenza della povertà (Commissione di indagine sulla esclusione sociale 2002), in conseguenza del combinarsi di due fenomeni opposti: uno positivo e l'altro negativo. La progressiva entrata nell'età anziana di coorti di persone che – se uomini – avevano avuto per lo più un lavoro regolare e continuativo, quindi con storie contributive regolari, premiate dal sistema di calcolo della pensione su base retributiva, ha fatto diminuire l'incidenza della povertà tra gli anziani maschi. Quanto alle donne anziane, anche se solo una minoranza poteva contare su una pensione propria e ancor meno su una pensione propria adeguata, esse erano per lo più caratterizzate da matrimoni lunghi, che davano loro accesso alla pensione del marito, o a quella di reversibilità in caso di vedovanza. La pensione integrata al minimo, inoltre, dava una garanzia minima di reddito (più generosa di quella della pensione sociale) anche a chi, soprattutto donne, aveva storie contributive brevi e interrotte. Dall'altro lato, le politiche salariali, e soprattutto la riduzione in termini reali e il restringimento categoriale dei trasferimenti monetari diretti e indiretti a favore dei figli, hanno reso più vulnerabili le famiglie con più figli, specie da tre in su. Si tratta delle famiglie che sono più spesso monoreddito, stante che il carico di lavoro familiare rende particolarmente difficile alle donne madri conciliare responsabilità familiari e partecipazione al mercato del lavoro in un paese in cui non solo la partecipazione femminile al mercato del lavoro continuava e continua a essere più contenuta che in altri paesi europei, ma i servizi di cura sono scarsi. A questa maggiore vulnerabilità ha contribuito anche l'aumento della instabilità coniugale, con il conseguente aumento delle famiglie monogenitore, tanto più che l'unico

genitore presente è in larga maggioranza la madre, ovvero il genitore con una più debole presenza nel mercato del lavoro in termini sia di partecipazione sia di remunerazione (2).

La combinazione di territorialità e familiarità della povertà ha conseguenze particolarmente gravi per i minori del Mezzogiorno, rafforzando le disuguaglianze di origine di nascita. Come è stato scritto: «un bambino che nasce oggi a sud del 42° parallelo del territorio nazionale ha un rischio superiore del 300 per cento di vivere in povertà rispetto a un coetaneo che nasce a nord di questa linea immaginaria» (3).

Gli anni del «sorpasso» dei minori rispetto agli anziani sono stati anche quelli in cui, dopo un periodo di relativa stabilizzazione, l'incidenza della povertà ha ricominciato a crescere. Già negli anni immediatamente precrisi, nel biennio 2005-2007, inoltre, si possono cogliere segnali di una aumentata vulnerabilità nelle famiglie di alcune figure di lavoratori, in particolare operai e assimilati. Ciò era particolarmente visibile per quanto riguarda la povertà assoluta, meno sensibile della povertà relativa a variazioni di tipo congiunturale (4). Nel 2007, quasi la metà delle famiglie in povertà assoluta era monoreddito. L'unico occupato era per lo più operaio, ma anche lavoratore autonomo e, per una frazione minoritaria, impiegato e imprenditore. In particolare, l'incidenza della povertà assoluta nelle famiglie con persona di riferimento operaio era il 5,7% a livello nazionale, toccando il 10% nel Mezzogiorno (5).

A queste caratteristiche di lungo periodo, va aggiunta quella più recente dell'origine migratoria. Dato che gli immigrati, anche quando regolari o regolarizzati, sono particolarmente concentrati negli strati sociali e professionali più bassi (6), l'incidenza della povertà è tra loro molto più elevata che nella popolazione complessiva (7).

2. — *L'impatto della crisi sulla povertà* — Nel corso degli anni della crisi l'incidenza della povertà relativa ha subito fluttuazioni minime, rimanen-

(2) Todesco 2009.

(3) Amendola *et al.* 2011, 310-311.

(4) Povertà assoluta si riferisce alla impossibilità di consumare un paniere di beni definiti essenziali (abitazione, alimentazione, riscaldamento e simili). Povertà relativa si riferisce all'aver un reddito (o un consumo) inferiore alla metà del reddito (o consumo) medio in un anno dato. L'incidenza della prima di norma è più bassa della seconda. La seconda, inoltre, è più sensibile alla congiuntura.

(5) Istat 2010, Commissione di Indagine sull'esclusione sociale 2009, Revelli 2010.

(6) Cingano *et al.* 2013.

(7) Lemmi *et al.* 2013.

do attorno al 12-13%. Nel caso della povertà assoluta, invece, dopo una iniziale stabilità, dal 2010 vi è stato un forte aumento, che ha subito un rallentamento solo nel 2014, per riprendere nel 2015. Il temporaneo contenimento della povertà nei primi anni della crisi è stato dovuto all'effetto congiunto delle caratteristiche di chi perdeva il lavoro o era inoccupato (i giovani figli e le donne mogli, piuttosto che i maschi adulti principali percettori di reddito), della capacità di redistribuzione solidale delle famiglie e del funzionamento degli ammortizzatori sociali che, nella loro frammentazione, privilegiano tradizionalmente i lavoratori centrali, quindi per lo più i maschi nelle età centrali (8). Il ruolo importante della redistribuzione familiare è indirettamente confermato anche dalle tendenze nella propensione al risparmio. Già in calo da qualche anno, è diminuita drasticamente proprio a partire dal 2008, in parallelo alla diminuzione del potere d'acquisto delle famiglie (9), per riprendere solo negli ultimi due anni. Parte di ciò che un tempo si sarebbe risparmiato veniva ora speso per mantenere i livelli di consumo, nell'aspettativa che la crisi non sarebbe durata a lungo. È aumentato anche l'indebitamento.

Va aggiunto che nei primi anni della crisi il sistema frammentato degli ammortizzatori sociali è stato ulteriormente arricchito di qualche altra misura *ad hoc*, sempre categoriale, quali la cassa integrazione in deroga e il contributo *una tantum* ai lavoratori a progetto monocommittente, allargando la pur diseguale rete di protezione ad altri soggetti.

A fronte del perdurare e cambiare forma della crisi, mentre i dati sull'occupazione peggioravano, coinvolgendo anche molti percettori di reddito principali nel lavoro dipendente, autonomo o parasubordinato, le famiglie si sono trovate, tuttavia, con riserve (risparmi) ridotte, spesso in coincidenza con il venire a scadenza del diritto agli ammortizzatori. Si aggiunga che nei primi anni della crisi era anche aumentato il costo della vita. Tra il 2005 e il 2012, l'indice armonizzato dei prezzi al consumo era salito del 17,5%, se si considera il pacchetto di consumi specifici di famiglie con diversi livelli di reddito (controllando per ampiezza della famiglia). Ma l'aumento è stato del 20,2% per le famiglie a più basso reddito, quattro punti percentuali in meno di quello (16,3%) sperimentato dalle famiglie con i redditi più alti (10). L'aumento dei prezzi aveva quindi ridotto in modo sensibile il potere d'acquisto di tutti, ma in misura molto maggiore quello dei più poveri, colpendo spese non voluttuarie, ma essenziali, quali gli ali-

(8) Brandolini 2014.

(9) Istat/Cnel 2013.

(10) Istat 2013.

mentari e i consumi energetici. Non mi risulta ci siano stime sull'effetto differenziale del successivo fenomeno inverso, la deflazione, con la conseguente diminuzione di (alcuni) prezzi.

L'insieme di questi fenomeni spiega come mai, a fronte di una sostanziale staticità dell'incidenza della povertà relativa/rischio di povertà, stante il suo carattere congiunturale, l'incidenza della povertà assoluta sia aumentata bruscamente dopo il 2010. Essa è passata, infatti, dal 3,5% delle famiglie nel 2007 al 4% nel 2010, per poi salire al 5,6% nel 2012 e ancora al 6,3% nel 2013. Scesa al 5,7% nel 2014, è risalita a 6,1% nel 2015. Il *trend* è ancora più netto se si considerano gli individui. Nel 2007 si trovava in povertà assoluta il 3,1% della popolazione; nel 2012 la percentuale era salita al 5,9%, per toccare il 7,3% nel 2013, scendere al 6,8% nel 2014, risalendo di nuovo al 7,6% nel 2015: il dato più alto dal 2005. In numeri assoluti, si tratta, nel 2015, di 1 milione e 582 mila famiglie e 4 milioni e 598 mila persone, di cui un 1 milione e 131.000 sono minori, 590.000 anziani (11). Benché la povertà sia concentrata al Sud, l'aumento ha coinvolto anche le regioni del Centro-Nord, toccando anche ceti che non l'avevano mai sperimentata prima. Contestualmente, è aumentata fortemente la percentuale di persone che si trovano in condizione di deprivazione materiale secondo la definizione Eurostat, ovvero che sperimentano almeno tre tipi di deprivazione materiale su un elenco di nove. Già in lieve aumento negli anni precrisi, è passata dal 16,1% nel 2008 al 22,3% nel 2011, per salire ancora al 24,8% nel 2012: il doppio di quella riscontrata nel 2004 (12). Altrettanto, se non più, netto è stato, tra il primo e il secondo periodo della crisi, l'aumento dell'incidenza della deprivazione materiale grave, ovvero di individui che sperimentano più di tre tipi di deprivazione. È stato di 4,2 punti percentuali tra il 2010 e il 2011, passando dal 6,9% all'11,2%, per salire ulteriormente a 14,5% nel 2012: quasi il 5% in più della media europea (13). La deprivazione grave è più diffusa tra le persone che vivono sole, specie se anziane, e tra le famiglie numerose, tra le quali il 22,9% è gravemente deprivato. La condizione di deprivazione è più frequente della media anche nelle famiglie monogenitoriale e in quelle in cui la persona di riferimento è giovane, ha conseguui-

(11) Istat 2016. Nel 2014, l'Istat ha in parte modificato la rilevazione sui consumi delle famiglie su cui sono basate queste stime, effettuando quindi una revisione anche dei dati degli anni precedenti. Per questo motivo, i dati precedenti il 2014 che riporto qui sono diversi (e più bassi) da quelli a suo tempo pubblicati (e da me ripresi nel mio volume del 2015), anche se il *trend* e le caratteristiche rimangono le stesse.

(12) Istat 2014, cap. 1.

(13) Istat 2013b, 2014, Eurostat 2013b e 2014.

to un basso titolo di studio, se è disoccupata, o in cerca di prima occupazione, o lavora a tempo parziale (14).

Nella maggior parte dei casi, l'aumento della diffusione della deprivazione grave dal 2010 al 2012 è stato dovuto all'aggravarsi delle condizioni di chi già in precedenza aveva sperimentato tre, più spesso due, tipi di deprivazione. Ma, tra il 2010 e il 2011, per una consistente minoranza si è trattato di persone che fino all'anno prima non avevano sperimentato nessuna delle deprivazioni nell'elenco, o al massimo una sola. In effetti, il 10,9% di quanti sono risultati gravemente deprivati nel 2011, nel 2010 era collocato non nei quintili più bassi della distribuzione del reddito, ma nel quarto o quinto. Una percentuale ancora più alta, il 12,4%, aveva effettuato lo stesso passaggio tra il 2011 e il 2012 (15), segnalando come il diffuso peggioramento dei bilanci famigliari abbia eroso in modo consistente anche le risorse e il tenore di famiglie appartenenti a ceti che mai avrebbero pensato prima di essere a rischio di povertà. Questo passaggio da condizioni di non deprivazione alla deprivazione e alla deprivazione grave, pur continuando, si è un po' rallentato negli anni successivi, anche se è aumentato il passaggio dalla deprivazione «semplice» a quella grave, indicando che per molte famiglie e individui in condizioni di disagio economico è in atto un processo di progressivo deterioramento.

L'incidenza della povertà, sia relativa sia, soprattutto, assoluta, così come quella della deprivazione grave, è aumentata di più nelle regioni e nei gruppi sociali in cui era già più alta: nel Mezzogiorno, nelle famiglie numerose con figli minori (i minori che sperimentano oggi condizioni di povertà assoluta sono quasi il doppio di quanti erano nel 2007; cfr. anche *Save the Children* 2013), tra le famiglie di operai specializzati e non specializzati e di impiegati esecutivi (16). Tra le famiglie di operai e assimilati, ad esempio, l'incidenza della povertà assoluta, già aumentata negli anni precedenti, è passata in un anno dal 9,7 del 2014 all'11 per cento del 2015. Molti di questi lavoratori hanno avuto un reddito troppo basso per poter fruire degli ottanta euro destinati ai lavoratori dipendenti a basso salario a partire dal 2014. Dato che questo beneficio è stato concepito come una detrazione fiscale, in assenza di una compensazione tramite un'imposta negativa chi era ed è fiscalmente incapiente, ovvero i più poveri, non può beneficiarne. È anche successo che qualcuno abbia dovuto restituirli non perché aveva guadagnato troppo, ma perché aveva perso reddito, diventando incapiente.

(14) Istat 2014, cap. 1.

(15) Istat 2013.

(16) Istat 2014, 2016, Banca d'Italia 2014, Brandolini 2014.

A livello territoriale, nonostante vi sia stato un peggioramento anche nelle regioni del Centro-Nord, che ha colpito soprattutto le famiglie straniere, esso è stato più consistente nel Mezzogiorno (17), dove si è massimamente concentrata la perdita di posti di lavoro (18). Ciò ha, ancora una volta, un effetto particolarmente grave per le generazioni più giovani, non solo in termini di incidenza della povertà, ma anche in termini di restrizioni delle opportunità e della capacità/possibilità di investimento sul proprio futuro.

Solo nel caso degli anziani si nota una controtendenza. Essi, infatti, pur continuando a essere sovrarappresentati tra i poveri, sono stati tra i meno toccati dalla crisi e non hanno conosciuto un aumento significativo della povertà al proprio interno. In quanto fruitori di reddito da pensione e, eventualmente, capitale, gli anziani, infatti, hanno mantenuto la propria fonte di reddito, anche se possono aver subito, in seguito alla crisi, perdite di reddito da capitale e aver visto diminuire il potere d'acquisto in seguito alla mancata indicizzazione delle pensioni (che tuttavia ha salvaguardato le pensioni più basse) a partire dal 2012. I più fragili o non autosufficienti possono anche aver sperimentato una forte riduzione dei servizi loro rivolti a livello locale, con un peggioramento della vita quotidiana e un aggravio dei loro bilanci famigliari. Viceversa, la riduzione del reddito da lavoro ha colpito in particolare modo i giovani, tra i quali la concentrazione della disoccupazione è stata ed è massima, anche perché massima è la concentrazione di contratti di lavoro a termine. Uno studio non molto risalente (19), su dati Banca d'Italia, ha mostrato che l'aumento sia della povertà di reddito sia della povertà di capitale (misurato in termini di risparmio sufficiente a mantenere la famiglia per sei mesi) è stato molto maggiore per le famiglie con persona di riferimento in età fino ai 35 anni che per la popolazione nel suo insieme.

Il grosso delle famiglie maggiormente colpite dalla riduzione del reddito da lavoro, tuttavia, è costituito da quelle con persona di riferimento nelle età centrali, tra i 40 e i 64 anni: ove la numerosità della famiglia e il numero dei famigliari a carico è di norma maggiore che nelle famiglie più giovani. In particolare, a essere maggiormente colpite sono state le famiglie con due o più figli, anche perché più frequentemente mono-reddito.

(17) Svimez 2014.

(18) Istat 2015.

(19) Bartiloro, Rampazzi 2013; cfr. anche Brandolini *et al.* 2013.

3. — *Poveri per mancanza di lavoro e poveri nonostante il lavoro* — La mancanza di occupazione rappresenta uno dei rischi di povertà, specie quando a essere disoccupati sono gli adulti con responsabilità famigliari. Anche quando non produce direttamente povertà, perché l'inoccupato o disoccupato può condividere il reddito di altri, come è il caso dei giovani che vivono ancora nella famiglia di origine e di chi, inoccupato o disoccupato, vive con un partner occupato, inoltre, la mancanza di occupazione rende impossibile l'autonomia economica. Perciò riduce i gradi di libertà entro rapporti che tendono a diventare asimmetrici non solo sul piano economico, ma anche su quello del potere. La mancanza di una occupazione, se protratta a lungo, indebolisce il capitale umano di chi la sperimenta, riducendone anche la stessa occupabilità. Nel caso dei giovani, può produrre effetti negativi (si parla di *scarring effects*, ovvero di *cicatrici* biografiche) che si protraggono nel tempo, anche dopo che si sia trovata una occupazione, in termini di livelli salariali che si riescono ottenere, di carriera che si riesce a fare, di pensione che si può maturare. La vulnerabilità è massima anche là dove (non è il caso dell'Italia) esiste una rete di protezione che garantisce l'accesso ai consumi di base, quando sono tutti gli adulti in una famiglia a non essere occupati per un lungo periodo. La mancanza di legami con il mercato del lavoro e la dipendenza dall'assistenza, dove c'è, se protratta troppo a lungo, può, infatti, produrre fenomeni di emarginazione, di indebolimento non solo del capitale umano, ma anche di quello sociale, con effetti negativi anche per i bambini e ragazzi che vivono in queste famiglie.

I dati sinteticamente presentati nel paragrafo precedente, tuttavia, testimoniano che non tutti i poveri sono inoccupati o disoccupati, o vivono in famiglie in cui nessuno è occupato. Anzi, se l'essere senza lavoro e vivere in una famiglia in cui nessuna persona in età da lavoro è occupata rappresenta un fattore elevatissimo di povertà, la maggior parte di chi si trova in povertà o è occupata a sua volta, o vive in una famiglia in cui qualcuno è occupato. Avere una occupazione o vivere in una famiglia in cui qualcuno è occupato non protegge automaticamente dalla povertà. Fenomeno evidente e diffuso un tempo, sia nelle campagne sia nelle città, dove le condizioni miserabili di lavoro sommavano orari lunghi, scarsa o nulla protezione dai licenziamenti e paghe basse, sembrava essere diventato un fenomeno marginale, anche se mai del tutto scomparso, con il consolidamento della legislazione sociale e dell'azione dei sindacati. È viceversa tornato a essere visibile e diffuso oggi anche in molti paesi democratici sviluppati, tra cui l'Italia, per almeno due diversi motivi. Il primo riguarda il fatto che molti lavori sono sottopagati e/o a tempo parziale involontario. Si tratta delle oc-

cupazioni che, secondo l'Ocse, sono cresciute di più negli ultimi anni. È vero che molte di queste occupazioni sono detenute da cosiddetti «percettori di reddito secondario»: giovani che vivono ancora in famiglia, donne che hanno un marito o compagno che è il principale percettore di reddito. In questi casi, un basso reddito individuale non diviene automaticamente una causa di povertà dal punto di vista dell'accesso al consumo, anche se può vincolare fortemente scelte di uscita dalla famiglia per divenire autonomi, fare una famiglia propria se lo si desidera, o per lasciare rapporti familiari non positivi. Per altro, il rischio di povertà di questi lavoratori «secondari» non va sottovalutato. Secondo i dati Ocse (2015), infatti, anche considerando il reddito familiare equivalente per stimare il reddito disponibile *pro capite*, il 40 per cento dei lavoratori con contratti atipici (dove è concentrata gran parte dei lavoratori a basso reddito individuale) continua a risultare povero. Ciò avviene vuoi perché il loro reddito è l'unico in famiglia, vuoi perché anche altri lavoratori in famiglia possono contare solo su redditi parziali e insicuri. È il caso, ad esempio, di molte giovani coppie in cui entrambi hanno un contratto atipico a bassa remunerazione. La famiglia quindi, nel suo ruolo di compensazione dei redditi individuali, non sempre riesce a compensare la scarsità di mezzi dei singoli. Allo stesso tempo, e questo è il secondo motivo, proprio questa funzione della famiglia di camera di compensazione dei redditi può diventare causa di povertà nonostante un reddito da lavoro individuale modesto, ma in teoria adeguato al mantenimento non solo del singolo, ma anche di qualche familiare. Ciò avviene quando vi è uno squilibrio tra numero dei percettori di reddito (e reddito complessivo) e numero dei consumatori familiari. Il rischio di diventare lavoratori poveri (e di appartenere a una famiglia di lavoratori poveri) è particolarmente elevato nelle famiglie dove vi è un solo percettore di reddito, modesto, se queste sono numerose, in particolare se vi sono tre o più figli. Ciò vale specialmente in un paese, come l'Italia, dove l'incidenza delle famiglie monoreddito è molto elevata, stante il comparativamente basso tasso di occupazione femminile, specie tra le donne a bassa istruzione e nelle famiglie più numerose, e dove non esiste un trasferimento universalistico e significativo a sostegno del costo dei figli. Se i lavoratori poveri dal punto di vista del reddito individuale, ma non necessariamente dal punto di vista familiare, sono tipicamente giovani di ambo i sessi e donne con carichi familiari, i lavoratori poveri su base familiare sono piuttosto uomini nelle età centrali, unici percettori di reddito in famiglia, o donne capofamiglia con figli.

In Italia, in particolare, nel 2015 si trovava in povertà assoluta – ovvero non aveva i mezzi sufficienti per consumare un paniere di beni essenzia-

li ai prezzi correnti nella zona in cui viveva – il 19,8% (in aumento dal 16,2% del 2014) delle famiglie in cui la persona di riferimento era disoccupata –, una percentuale oltre tre volte quella riguardante tutte le famiglie, ma anche, come già detto, il 6,1% delle famiglie con almeno un occupato, e in particolare l'11,7% delle famiglie con persona di riferimento operaio o assimilato. Se si guarda ai minori, vale lo stesso ragionamento. È vero che vivere in una famiglia in cui nessun adulto è occupato costituisce un rischio elevato di essere e crescere in condizioni di povertà. Ma la maggioranza dei minori che sperimenta condizioni di povertà, relativa o assoluta, vive in famiglie in cui almeno un adulto lavora. Così, nel 2014 si trovava in povertà assoluta il 10% di tutti i minori, ma il 24,5% dei minori in famiglie in cui nessuno era occupato, l'11,6% di quelli in famiglie con un solo occupato a fronte del «solo» 5,9% di quelli in famiglie con due o più occupati.

Come si vede, nonostante l'articolo 36 della Costituzione stipuli solennemente che la remunerazione del lavoro deve garantire una «vita libera e dignitosa» al lavoratore e alla sua famiglia, non solo non è sempre sufficiente essere occupati per non cadere in povertà, ma a volte non basta neppure che ci sia anche un altro occupato in famiglia. Dipende dal tipo di occupazione, dalla sua durata, dal reddito che garantisce. Due occupazioni precarie, a bassa remunerazione e/o a tempo parziale possono non fare uno stipendio intero adeguato. Dipende, come si è detto, anche dalla numerosità della famiglia, ovvero da quante sono le persone per cui deve bastare il reddito guadagnato.

Aver individuato, come ha fatto la Ue nella sua Strategia per il 2020, la riduzione del numero delle famiglie senza lavoro come un mezzo per ridurre la povertà, quindi, è sicuramente legittimo e doveroso. Si tratta tuttavia di un approccio molto parziale, dato che in molti paesi, tra cui l'Italia, la maggioranza numerica dei poveri si trova in famiglie in cui c'è almeno un occupato. Non è neppure sufficiente affidarsi a un aumento dell'occupazione, sperando in questo modo di aumentare il numero degli occupati per famiglia. Non solo, infatti, l'aumento dell'occupazione può essere troppo lento per venire incontro ai bisogni degli individui e delle famiglie qui e ora. Anche nel periodo precedente alla crisi, quando c'è stato, in Europa e anche in Italia, un aumento di occupazione, si è assistito in molti paesi vuoi alla stabilità della povertà, vuoi (ad esempio, in Germania e Svezia) al suo aumento.

Questo fenomeno apparentemente paradossale è dovuto a due cause distinte. Una è già stata ricordata: molte occupazioni sono a bassa remunerazione e/o precarie, con una crescente dualizzazione del mercato del lavoro

anche in paesi in cui questa era sconosciuta o molto marginale (20). La seconda causa è meno direttamente intuitiva. Ha a che fare con il modo in cui le disuguaglianze sociali nel capitale umano si intrecciano con le scelte e i modelli di formazione della coppia. La «buona occupazione», l'occupazione di qualità, non è omogeneamente accessibile a tutti i potenziali lavoratori, ma selettivamente a chi ha le migliori qualifiche, e un capitale umano e sociale più ricco. In società in cui le donne sono sempre più presenti nel mercato del lavoro e in cui ci si mette insieme come coppia sulla base delle proprie somiglianze sociali, ciò significa che accade sempre più spesso che i partner di una coppia mettano assieme vuoi la propria forza vuoi la propria debolezza sul mercato del lavoro. In Italia, ciò si presenta in modo particolarmente estremo, nella misura in cui l'Italia è uno dei paesi occidentali sviluppati in cui l'istruzione fa più differenza per la partecipazione al mercato del lavoro da parte delle donne, prima (e ancor più dopo) della formazione di una famiglia.

4. — *Quali politiche di contrasto alla povertà?* — Senza ripresa dell'occupazione sarà difficile ridurre la povertà. Investire nella crescita dell'occupazione è perciò fondamentale. I dati empirici, tuttavia, suggeriscono che non è sufficiente. Anche se l'occupazione aumentasse, non necessariamente porterebbe a una riduzione significativa dalla povertà, come ha insegnato la lezione degli anni immediatamente precedenti la crisi. Bassi salari e precarietà del lavoro, bassa intensità occupazionale a livello familiare e polarizzazione tra famiglie ricche e povere di lavoro, riduzione della domanda di lavoro nei settori tradizionali a favore di quelli tecnologicamente più avanzati, incapacità del sistema scolastico di compensare le disuguaglianze di partenza, lasciando così molti ragazzi e giovani privi di qualifiche adeguate, rischiano di lasciare fuori molti individui e famiglie anche da una futura auspicabile ripresa. Se l'obiettivo è anche prevenire o contrastare la povertà, occorrono politiche dell'occupazione, e prima ancora della formazione, mirate alla popolazione con maggiore difficoltà nel mercato del lavoro, sostenute da servizi per l'impiego preparati adeguatamente, insieme a politiche che favoriscano la conciliazione tra lavoro remunerato e responsabilità familiari. Da questo punto di vista, la politica degli incentivi alle assunzioni con contratti a tempo indeterminato avrebbe potuto essere più efficace se più mirata, e soprattutto se quel contratto non fosse stato indebolito dalla forte riduzione dei costi, per il datore di lavoro, dei licenziamenti, specie nei primi anni di contratto, unita al permanere dei contratti a

(20) Oecd 2015.

tempo determinato rinnovabili fino a cinque volte in pochi anni. Mentre ci si proponeva di ridurre la precarietà, di fatto si è allungato a dismisura il «periodo di prova», quindi la precarietà effettiva, anche se non sul piano formale. Va, inoltre, tenuto in conto che quattro contratti a tutele crescenti su dieci stipulati tra la fine del 2015 e il primo semestre 2016 sono a tempo parziale, per lo più involontario (21). Occorre, infine, una politica salariale che offra remunerazioni decenti, unitamente a controlli che impediscano lo stravolgimento sistematico di *stage*, tirocini e *voucher*.

Accanto alle politiche del lavoro, tuttavia, occorre anche una politica dei trasferimenti monetari più efficace e meno frammentaria di quella attuale. In primo luogo, sono necessarie misure di sostegno al costo dei figli di tipo universale, senza distinzioni categoriali. A questo fine andrebbe unificato e razionalizzato il complesso sistema di assegni al nucleo familiare, assegno per il terzo figlio, *voucher* per i nuovi nati, detrazioni per i figli a carico, che impegna molte risorse senza tuttavia essere efficace dal punto di vista redistributivo e lasciando molti minori scoperti. Secondo una stima recente di Irs/Capp (22), a fronte di 72 miliardi di spesa latamente assistenziale, il 24% per cento delle famiglie in povertà relativa e il 44% delle famiglie in povertà assoluta non ricevono nessun tipo di sostegno monetario. Sempre secondo le stesse stime si è calcolato che un trasferimento per i figli unico e non categoriale, ma decrescente con il crescere del reddito Isee, farebbe uscire dalla povertà una parte significativa delle famiglie di lavoratori con figli.

Occorrerebbero, infine, anche forme di integrazione economica per chi ha un reddito insufficiente: un reddito minimo di inserimento, o sostegno di inclusione attiva – comunque lo si voglia chiamare – analogo a quello presente da tempo nella stragrande maggioranza dei paesi europei (inclusi quelli che si prendono di volta in volta a modello quanto si discute di ammortizzatori sociali rivolti ai lavoratori) e anche in altri paesi extraeuropei. È un compromesso, rispetto al reddito universale di cittadinanza a prescindere dal reddito individuale e familiare disponibile di cui si discute a livello internazionale (23) con molte buone ragioni: maggiore efficienza, in quanto non richiederebbe costosi controlli e non incorrerebbe in rischi opposti di produrre sia «falsi positivi» sia «falsi negativi»; democraticità e attuazione dei principi base di cittadinanza, in quanto darebbe a tutti la pos-

(21) Inps 2016.

(22) Irs/Capp 2016.

(23) Ad esempio, Van Parijs, Vanderborght 2006, Atkinson 2015, Granaglia, Bolzoni 2016.

sibilità di rifiutare condizioni di lavoro umilianti, o sfruttatorie, e di decidere quanto investire nel lavoro per il mercato. Ne esistono sperimentazioni locali interessanti (24), che smentiscono l'idea che in presenza di una garanzia di reddito molti non lavorerebbero più per il mercato. Piuttosto, molti non si sentono più in obbligo di impegnarsi esclusivamente nel lavoro di mercato, liberando tempo per altre attività, incluso il lavoro di comunità. Non intendo, tuttavia, affrontare qui i pro e i contro, oltre che la fattibilità economica, di un reddito di cittadinanza universale. Piuttosto mi sembra che l'introduzione di un reddito di base riservato a chi si trova in povertà sia una questione non più eludibile in Italia. La mancanza di questo strumento, infatti, lede il diritto dei cittadini più poveri ad avere le risorse necessarie per vivere adeguatamente e con dignità e a evitare processi di progressiva squalificazione del proprio capitale umano e di esclusione sociale. Una volta messa al sicuro, una simile misura potrebbe anche fornire strumenti per argomentare un reddito di base in termini più universalistici (25). Misura condizionale rispetto al reddito disponibile, da un lato deve essere sufficiente, ovvero portare effettivamente al di sopra della soglia di povertà (assoluta), e universale per tutti i poveri, non richiedendo altre qualifiche categoriali. Per essere efficace, una misura di questo genere, inoltre, richiede anche che sia i beneficiari sia lo Stato nelle sue diverse articolazioni si impegnino a fare sì che essa diventi una misura abilitante, non solo in termini di accesso ai consumi, ma anche di mantenimento e arricchimento del capitale umano, di integrazione sociale, di accesso a occupazioni e remunerazioni decenti e alle condizioni per poterle accettare e mantenere.

Le prime due condizioni non sono presenti nel Sia (o nuova carta acquisti) dapprima sperimentato in 12 comuni capoluogo e ora esteso a tutto il paese, né nella legge delega con cui il Governo sta procedendo a mettere a punto una misura di reddito minimo (26). I fondi stanziati sono gra-

(24) Il notiziario del *Basic Income Earth Network* (Bien) – www.basicincome.org – aggiorna sistematicamente sia le iniziative legislative e popolari a favore dell'introduzione di un reddito di base universale, sia le varie sperimentazioni in atto in giro per il mondo.

(25) Granaglia, Bolzoni (2016) offrono interessanti suggerimenti su come introdurre un principio di individualizzazione universalistica anche in uno strumento come il reddito di base per i poveri necessariamente riferito, nell'ammontare complessivo, al reddito familiare equivalente.

(26) «Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali (Collegato alla legge di stabilità 2016)» e «Disegno di legge presentato dal ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali» (stampato Camera n. 3594), approvato dalla Camera il 14 luglio 2016.

vemente al di sotto di quanto stimato necessario a fornire un sostegno a tutti i poveri assoluti. Di conseguenza, per razionare il beneficio e stabilire una graduatoria tra gli aventi diritto, sono introdotte categorie di meritevolezza (presenza di minori, di donne incinte, di persone sopra i 55 anni) che riducono, se non annullano, il carattere universalistico (rispetto a tutti coloro che sono in povertà) della misura. È invece presente, ancorché sottofinanziata, la terza condizione, ovvero la presenza di misure di accompagnamento e integrazione sociale (27).

Riferimenti bibliografici

- Amendola N. *et al.* (2011), *Povertà*, in Vecchi G. (a cura), *In ricchezza e povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità ad oggi*, il Mulino, Bologna, 271 ss.
- Atkinson A. (2015), *Disuguaglianza*, Cortina, Milano.
- Banca d'Italia (2014), *I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2012*, in *Supplemento al Bollettino Statistico*, XXIV, 27 gennaio.
- Bartiloro L., Rampazzi C. (2013), *Il risparmio e la ricchezza delle famiglie italiane durante la crisi*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 148, Banca d'Italia.
- Brandolini A. (2014), *Il grande freddo. I bilanci delle famiglie italiane dopo la grande recessione*, in *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. 2014*, Fusaro C., Kreppel A. (a cura di), il Mulino, Bologna.
- Brandolini A. *et al.* (2013), *Country case study – Italy*, in Jenkins S.P. *et al.* (a cura), *The great recession and the distribution of household income*, Oxford University Press, Oxford, 130 ss.
- Cingano F. *et al.* (2013), *Lavoro, retribuzioni, vulnerabilità*, in Saraceno C., Sartor N., Sciortino G. (a cura), *Stranieri e disuguali*, il Mulino, Bologna, 87 ss.
- Commissione di indagine sull'esclusione sociale (2009), *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale – Anni 2008-2009*, Poligrafico dello Stato, Roma.
- Conte L. *et al.* (2011), *Vulnerabilità*, in Vecchi G. (a cura) *In ricchezza e povertà. Il benessere degli italiani dall'Unità ad oggi*, il Mulino, Bologna, p 319 ss.
- Granaglia E., Bolzoni M. (2016), *Il reddito di base*, Ediesse, Roma.
- Inps (2016), *Rapporto annuale*, Roma, 7 luglio.
- Irs/Capp (2016), *Costruiamo il welfare dei diritti*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2.
- Istat (2010), *La povertà in Italia nel 2009*, Comunicato Stampa, Istat, 15 luglio.
- Istat (2013), *Reddito e condizioni di vita. 2012*, in *Statistiche report*, 16 dicembre.
- Istat (2014), *Rapporto annuale*, Roma.
- Istat (2015), *Rapporto annuale*, Roma.
- Istat (2015) *La povertà in Italia. Anno 2015*, in *Statistiche Report*, 14 luglio 2016.

(27) Per un'analisi critica del Sia e del disegno di legge in attuazione della delega si veda Saraceno 2016.

- Lemmi A. *et al.* (2013), *Povert  e deprivazione*, in Saraceno C. *et al.* (a cura di), *Stranieri e disuguali*, il Mulino, Bologna, 149 ss.
- Oecd (2015), *In it together. Why less inequality benefits all*, Oecd Publishing, Paris.
- Revelli M. (2010), *Poveri, noi*, Einaudi, Torino.
- Saraceno C. (2015), *Il lavoro non basta. La povert  in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, Milano.
- Saraceno C. (2016), *Verso un reddito minimo per i poveri*, in *Politiche sociali*, n. 3, 507 ss.
- Save the Children (2013), *L'Italia sottosopra. I bambini e la crisi*, Save the children, Roma.
- Svimez (2014), *Rapporto Svimez sull'economia nel Mezzogiorno. 2013*, Roma.
- Todesco L. (2009), *Matrimoni a tempo determinato*, Carocci, Roma.
- Van Parijs Ph., Y. Vanderborcht (2006), *Il reddito minimo universale*, Egea, Milano.

ABSTRACT

La povert  in Italia riguarda pi  le famiglie che gli individui che vivono soli, pi  i minori che gli adulti e gli anziani, ed   fortemente concentrata a livello territoriale, in particolare al Sud. Queste caratteristiche sono di lunga durata. Con la crisi, che ha fatto aumentare sensibilmente la povert  assoluta, si sono accentuate. I soggetti pi  colpiti sono stati le famiglie numerose con figli, quindi i minori, ma anche i giovani, specie nel Mezzogiorno, nelle famiglie senza lavoratori e senza pensionati, ma anche tra le famiglie con un solo percettore di reddito e tra i migranti.   anche diventato pi  diffuso il fenomeno dei lavoratori poveri su base familiare. L'Autrice argomenta che queste caratteristiche della povert  in Italia sono l'esito dell'intreccio tra funzionamento del mercato del lavoro, funzionamento della famiglia e mancanza o inefficacia delle politiche redistributive in denaro e in servizi.

POVERTY AND SOCIAL EXCLUSION IN CONTEMPORARY ITALY: CAUSES AND POSSIBLE REMEDIES

Poverty in Italy is mostly a family matter. It involves children more than adults and the old, it is highly concentrated at the regional level, particularly in the South. These features have a long history. The economic crisis, while causing an increase in the incidence of absolute poverty, it has also strengthened those characteristics. Most hit were large families with children, therefore underage children and the young, particularly in the South, jobless households, but also single earner households, migrants. The phenomenon of the working poor became more widespread. The Author argues that these characteristics of poverty and their development over the crisis are the outcome of the interplay of the working of both the labor market and the family as well as of the scarcity and inefficiency of redistributive policies in income and in kind.

Chiara Tripodina (*)

**POVERTÀ E DIGNITÀ NELLA COSTITUZIONE ITALIANA:
IL REDDITO DI CITTADINANZA COME STRUMENTO
COSTITUZIONALMENTE NECESSARIO**

SOMMARIO: 1. «Esistenza libera e dignitosa»: diritto di alcuni o di tutti? — 2. La lettura ergocentrica della Costituzione economica e il buco nella rete della protezione sociale. — 3. L'intenzione costituente: il «lavoro per tutti» come garanzia universale di un'esistenza libera e dignitosa. — 4. La lettura sistematica della Costituzione: la Costituzione economica alla luce dei principi fondamentali. — 5. «Avere procurato un lavoro» o «avere garantita l'esistenza»: i due corni dell'alternativa. — 6. Il «reddito di cittadinanza»: l'altra via. — 7. Quale reddito di cittadinanza? — 8. Una misura costituzionalmente necessaria. — 9. Contro il reddito di cittadinanza: quali argomenti. — 10. Reddito di cittadinanza per consentire un'esistenza da «cittadini».

*Non la carità, ma un diritto,
non la generosità, ma la giustizia
è ciò che rivendico.*

(Thomas Paine, *Agrarian Justice*, 1791)

1. — «*Esistenza libera e dignitosa*»: *diritto di alcuni o di tutti?* — Il diritto alla dignità dell'esistenza è diritto solo di alcuni o di tutti? È diritto solo di coloro che hanno un lavoro retribuito in misura «sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» o è diritto anche di coloro che un lavoro non l'hanno o ne hanno uno non retribuito in misura sufficiente?

La questione si impone alla luce di un contesto economico e sociale nel quale sempre meno si può dare per scontato che tutti abbiano o possano avere un lavoro, e si è chiamati, per converso, a fare i conti con i bruti dati di realtà, che raccontano di un paese – il nostro – dove la disoccupazione resta elevata; dove anche chi lavora lo fa sempre più in modo precario, intermittente, flessibile; dove molti sono coloro che, pur lavorando, restano sotto la soglia di povertà: i *working poors*, un tempo ossimoro, oggi diffusa realtà (1).

(*) Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università del Piemonte Orientale.

(1) Istat, *La povertà in Italia*, 14 luglio 2016, stima al 7,6% la povertà assoluta della popolazione residente in Italia nel 2015 (la più alta dal 2005); si amplia anche l'in-

Tutto ciò interroga – deve interrogare – la nostra Costituzione: è essa impotente, o peggio indifferente, rispetto al concretizzarsi di una vita senza libertà e senza dignità a causa della mancanza di lavoro, o al contrario dice qualcosa al riguardo?

2. — *La lettura ergocentrica della Costituzione economica e il buco nella rete della protezione sociale* — Di diritto a un'esistenza libera e dignitosa la Costituzione italiana parla espressamente solo nella sua parte intitolata ai *Rapporti economici*. In particolare, l'articolo 36 afferma che il *lavoratore* «ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Accanto a questo, l'articolo 38, nel suo comma 2, riconosce che i *lavoratori* «hanno diritto a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria».

La lettura di questi (e altri) articoli ha condotto a parlare della Costituzione italiana come di una Costituzione «lavorista», «ergocentrica», imperniata sull'uomo lavoratore; disattenta, per converso, ai destini dell'uomo non lavoratore.

Il *non lavoratore*, infatti, non trova spazio nella Costituzione italiana, se non nell'articolo 38, comma 1, nella specie dell'*inabile al lavoro*: l'«inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale». Inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere: tirannica congiunzione copulativa (2), che ha storicamente condotto in Italia a ritenere che per avere accesso all'assistenza sociale non sia sufficiente essere semplicemente poveri, ma occorra essere anche impossibilitati a lavorare per una qualche inabilità soggettiva; restando così esclusi da qualsiasi protezione sociale coloro che, poveri, non lavorano per l'impossibilità oggettiva di trovare un posto di occupazione in ragione di contingenze di carattere generale di tipo economico, politico o sociale.

È la grande anomalia del sistema di protezione sociale italiano rispetto a quello degli altri paesi europei: benché esista una pletera parcellizzata di interventi previdenziali e assistenziali a tutela di specifiche categorie di cit-

cidenza della povertà assoluta tra le famiglie con persona di riferimento occupata (al 6,1%). A maggio 2016 il tasso di disoccupazione è all'11,5%.

(2) I progetti dell'articolo 38 della prima e della terza Sottocommissione (di seguito, sottocomm.) dell'Assemblea costituente (di seguito, Ass. cost.) prevedevano, al contrario, l'uso della congiunzione disgiuntiva «o», riconoscendo il diritto all'assistenza e all'esistenza a chiunque si trovasse senza sua colpa nell'impossibilità di lavorare o a causa di un'inabilità o a causa di qualsiasi altra contingenza di carattere generale.

tadini, manca «quella rete di sicurezza universale, quel “pavimento di protezione”» (3), che consente di soccorrere anche il bisogno economico puro, la povertà *tout court*, non legata necessariamente all’incapacità al lavoro o ai rischi nei quali può incorrere il lavoratore. La rete di protezione sociale italiana ha un vistoso buco, nel quale finiscono per cadere, a uno a uno, tutti coloro che non riescono a garantirsi un reddito adeguato con il proprio lavoro: gli inoccupati, i disoccupati di lungo corso, i lavoratori precari e intermittenti, i lavoratori poveri...

3. — *L’intenzione costituente: il «lavoro per tutti» come garanzia universale di un’esistenza libera e dignitosa* — L’interpretazione ergocentrica della Costituzione, benché storicamente consolidata, non è tuttavia la sola possibile. Essa può essere messa in discussione sia alla luce dell’intenzione che guidò i costituenti nel momento in cui redassero il testo costituzionale, sia alla luce di una sua lettura sistematica, tesa a tenere insieme la Costituzione economica con i principi fondamentali.

Quanto all’intenzione dei costituenti, si può ritenere che la scrittura che essi impiegarono per indicare i soggetti ai quali la Repubblica deve protezione, pur indubbiamente e consapevolmente selettiva nelle parole (i *lavoratori*, *gli inabili al lavoro*) (4), non fosse determinata dalla volontà di garantire un’esistenza libera e dignitosa solo a costoro e non ad altri. I costituenti – la maggior parte di essi [non tutti: alcuni parlavano a questo proposito di «vera irrisione» (5), di «promessa sulla carta» (6)] – erano infatti convinti che in Italia sarebbero state realizzate condizioni tali per cui tutti sarebbero stati, se avessero voluto, lavoratori, e che a non lavorare sarebbero stati solo gli oziosi. «Lavoratori tutti» (7): questa era la garanzia universale di un’esistenza libera e dignitosa. Aveva un senso, in questa prospettiva, riservare all’assistenza un ruolo meramente residuale: solo chi, per un impedimento fisico o mentale, fosse stato inabile al lavoro andava assistito e mantenuto. Per tutti gli altri c’era – ci sarebbe stato – il lavoro.

(3) Commissione per l’analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, *Relazione finale*, 28 febbraio 1997, su www.astrid-online.it, p. 6.

(4) Si vedano prima sottocomm., 8 ottobre 1946, sulla formulazione dell’articolo 36, comma 1, e Ass. cost., 6 e 10 maggio 1947 seduta pomeridiana, sulla formulazione dell’articolo 38, comma 1 (tutti gli atti dell’Assemblea costituente in www.camera.it e www.nascitacostituzione.it).

(5) Colitto, terza sottocomm., 10 settembre 1946.

(6) Nitti, Ass. cost., 8 maggio 1947.

(7) Della Seta, Ass. cost., 7 maggio 1947, seduta pomeridiana.

Solo così si possono spiegare le parole di alcuni costituenti, che suonerebbero altrimenti crudeli e disumane: la frase di Dossetti per cui «la società non è tenuta a garantire un'esistenza libera e dignitosa a colui che, pur essendo cittadino, non esercita alcuna attività socialmente utile» (8); le parole di Simonini, per le quali «nessuno ha il diritto di vivere nella Repubblica se non lavora» (9); o di Della Seta, che, riprendendo il detto paolino «chi non lavora non mangia», rincara «chi non lavora non ha diritto alla vita» (10). Solo se lette nella prospettiva per cui tutti coloro che vogliono lavorare lo potranno fare e a non lavorare saranno solo gli oziosi, coloro che non esercitano per loro colpa alcuna attività socialmente utile – invis ai costituenti quanti altri mai, tanto da aver pensato di escluderli dal godimento dei diritti politici (11) –, queste parole si spiegano.

Ma calate nella realtà storica odierna, che suono assumono? *Chi non lavora non ha diritto alla vita*: non intimidazione per gli oziosi, ma minaccia quotidiana per chi è senza lavoro. E non perché non vuole lavorare, ma perché la promessa è stata tradita: il «lavoro per tutti» non c'è.

L'obiettivo della piena occupazione e di una retribuzione adeguata a garantire un'esistenza libera e dignitosa per tutti è fallito, o comunque lontano. E non solo e non tanto per ragioni contingenti come «la grande crisi», ma per ragioni strutturali profonde, come le trasformazioni della produzione industriale e del mercato del lavoro – tecnologizzazione, globalizzazione, delocalizzazione, flessibilizzazione –, a esito delle quali la crescita economica e della produttività non si accompagna più alla crescita dell'occupazione, ma delle diseguaglianze. È in questo contesto storico che va oggi calata la scrittura selettiva dei costituenti e va reinterpretata alla luce dei principi fondamentali della Costituzione.

4. — *La lettura sistematica della Costituzione: la Costituzione economica alla luce dei principi fondamentali* — A iniziare dal comma 2 dell'articolo 3 della Costituzione, che pone in capo alla Repubblica l'impegnativo compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i

(8) Dossetti, prima sottocom., 8 ottobre 1946.

(9) Simonini, terza sottocom., 26 luglio 1946.

(10) Della Seta, Ass. cost., 7 maggio 1947, seduta pomeridiana.

(11) Così avrebbe dovuto essere in base al comma 3 dell'articolo 4, poi soppresso, che prevedeva l'adempimento del dovere di lavorare come «presupposto per l'esercizio dei diritti politici».

lavoratori (12) all'organizzazione politica, economica e sociale del paese». La breve locuzione «di fatto» fu oggetto di ampia discussione in Assemblea costituente: fortemente voluta e scientemente scritta nella consapevolezza che «i limiti che sono posti oggi alla libertà e all'eguaglianza dei cittadini non sono limiti di ordine formale [...] ma sono appunto limiti di fatto che la Repubblica si impegna a superare» (13).

Di fatto, dunque: cosa accade – cosa deve accadere – se di fatto oggi la piena occupazione non c'è; se di fatto oggi per alcuni la povertà, dovuta alla mancanza o alla precarietà del lavoro, rappresenta l'ostacolo alla libertà e dignità dell'esistenza?

Il principio lavorista, il principio personalista, il principio di uguaglianza, il principio solidarista, saldati insieme a sistema nei primi quattro articoli della Costituzione per assicurare il «pieno sviluppo della persona umana» e l'«effettiva partecipazione» dei cittadini alla vita democratica, assegnano alla Repubblica, in modo inequivoco, il dovere di liberare *tutti* dall'oppressione del bisogno e di garantire a *tutti* un'esistenza libera e dignitosa. In questi principi, come nelle altre numerose disposizioni costituzionali che disegnano il volto sociale dell'Italia, sta la chiara sintesi di un progetto di società inclusivo, di «democrazia emancipante» (14), che esclude l'abbandono e l'emarginazione del debole, quali che siano le cause della sua debolezza, e prescrive al contrario la rimozione degli ostacoli materiali alla pienezza della sua cittadinanza. Ne consegue che assicurare «che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» è compito al quale «lo Stato non può abdicare in nessun caso» (15). Neppure quando le dure repliche della storia abbiano reso di carta le promesse costituenti di un lavoro per tutti.

Deve allora la Repubblica farsi carico delle nuove debolezze e delle nuove povertà che di fatto ostacolano l'eguaglianza sostanziale, declinando il suo dovere alla liberazione universale dal bisogno secondo modalità di pro-

(12) L'articolo 3, comma 2, parla sì di *lavoratori* con riguardo a coloro ai quali deve essere assicurata l'eguaglianza sostanziale; ma dalla lettura degli atti dell'Assemblea costituente emerge senza spazi di ambiguità come nei principi fondamentali per «lavoratore» non si debba intendere solo chi presti la sua opera in cambio di retribuzione, ma chiunque, in qualunque modo, a qualunque titolo, partecipi all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, svolgendo, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, comma 2, Cost.). In modo emblematico, Ass. cost., 22 marzo 1947 seduta pomeridiana.

(13) Laconi, Ass. cost., 24 marzo 1947 seduta pomeridiana.

(14) Di Giovine A., Dogliani M. (1993), 321 ss.

(15) C. cost., 11-25.2.1988, n. 217.

tezione anche differenti da quelle immaginate dai costituenti: quando il lavoro per tutti non c'è, al fine di garantire comunque a tutti la libertà e la dignità dell'esistenza, un'altra via va esplorata.

5. — *«Avere procurato un lavoro» o «avere garantita l'esistenza»: i due corni dell'alternativa* — L'altra via stava già nelle parole di alcuni costituenti, anche se rimasta implicita e sotterranea nel testo della Costituzione: «il diritto al lavoro è un diritto vero e proprio», ma, «se lo Stato non può garantirlo, deve provvedere a garantire altrimenti l'esistenza degli individui» (16). Il diritto al lavoro e il diritto all'assistenza sono, infatti, «due aspetti di un unico diritto: del diritto alla vita»; sicché la Repubblica deve riconoscere «il diritto a una occupazione continua e proficua o almeno a un'assistenza che la surroghi» (17).

L'alternativa costruita su questi due corni non è per altro un'elaborazione originale dei costituenti italiani. Già nella giacobina Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino premessa all'Atto costituzionale francese del 24 giugno 1793 viene sancito, all'articolo XXI, che «I soccorsi pubblici sono un debito sacro» e che «la società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a quelli che non sono in condizione di poter lavorare». Il medesimo dovere ricorre nell'articolo VIII del preambolo della Costituzione francese del 4 novembre 1848: la Repubblica «deve, con un'assistenza fraterna, assicurare l'esistenza dei cittadini bisognosi sia procurando loro del lavoro nei limiti delle sue possibilità, sia dando, in mancanza della famiglia, dei sussidi a coloro che non sono in condizioni di lavorare». E ancora, con un salto ai primi del Novecento, la Costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919, dopo avere dichiarato, all'articolo 151, che l'ordinamento economico deve «tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo», afferma, all'articolo 163, comma 2, che «a ogni tedesco deve essere data la possibilità di provvedere al proprio sostentamento, con il suo lavoro produttivo. Ove non gli si possa procurare una occupazione adatta, deve essere provveduto a quanto necessario al suo sostentamento».

In tutti l'alternativa è tra l'aver procurato un lavoro (e non il semplice lavorare) e l'aver altrimenti e comunque garantita l'esistenza, intesi entrambi come diritti individuali e doveri pubblici.

Sulla scorta di questi precedenti storici, Costantino Mortati leggeva le previdenze riconosciute all'articolo 38, comma 2, della Costituzione come

(16) Giua, terza sottocom., 9 settembre 1946.

(17) Fanfani, terza sottocom., 9 e 10 settembre 1946.

volte ad assicurare «mezzi adeguati alle esigenze di vita» non solo dei lavoratori incorsi in determinati rischi sociali, ma anche di tutti coloro che fossero abili al lavoro e tuttavia sprovvisti dei mezzi necessari per vivere perché mai occupati o non più occupati da lungo tempo «per circostanze non dipendenti dalla loro volontà» (18). Ciò non solo alla luce della «precisa dizione dell'articolo 38, che considera la disoccupazione involontaria, in genere e senza limitazioni, come titolo a una valida pretesa a ottenere quanto è necessario alla vita», ma anche della più generale prescrizione dell'articolo 4, che pone, sia pure implicitamente, «l'alternativa fra l'obbligo di dare possibilità di lavoro oppure di provvedere al sostentamento del lavoratore non occupato senza sua colpa» (19). Sarebbe, dunque, il fallito soddisfacimento del primo corno dell'alternativa – la non garanzia del diritto al lavoro – a dare luogo a un vero e proprio diritto al «risarcimento per il mancato adempimento dell'obbligo di procurare lavoro» (20), che lo Stato dovrebbe assicurare non solo ai «lavoratori» disoccupati involontari, ma anche ai «lavoratori» in cerca di prima occupazione, «sorgendo nel cittadino il diritto alla speciale tutela di cui all'articolo 38 non appena egli raggiunga l'età ritenuta necessaria per essere assunto al lavoro» (21).

Per Mortati era, insomma, fuor di dubbio che la Costituzione, «in armonia con il principio di tutela della libertà e della dignità della persona posti a base dello Stato», garantisse «a tutti i cittadini (con esclusione degli oziosi volontari) il diritto alla protezione sociale in caso di bisogno» (22). Senza buchi nella rete, secondo questa autorevole ricostruzione.

6. — *Il «reddito di cittadinanza»: l'altra via* — Volendo raccogliere la preziosa eredità lasciata da Costantino Mortati, con la sua interpretazione autentica e sistematica degli articoli 4, comma 1, e 38, comma 2, della Costituzione, e volendo tradurre con lessico contemporaneo la sua idea di «risarcimento per mancato procurato lavoro», lo si potrebbe fare con il concetto di *reddito di cittadinanza* (23).

Il reddito di cittadinanza, nonostante sia oggetto di riflessione non da poco tempo, è solo di recente entrato nel dibattito politico e nel discorso pubblico italiano, sia pure in modo intermittente e non omogeneo (24).

(18) Mortati (1954), 242 ss.

(19) *Ivi*, 243.

(20) *Ivi*, 294.

(21) *Ivi*, 295 s.

(22) *Ivi*, 296.

(23) Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a Tripodina (2013).

(24) Un'esperienza di «Reddito minimo di inserimento» (Rmi) si era avuta, sia

Di esso mancano ancora declinazioni univoche e definizioni stipulative, essendo più un'area di discussione che un concetto definito; ma volendo tentarne comunque una definizione minima, meramente descrittiva, il reddito di cittadinanza può essere definito come *il reddito garantito da una comunità politica per assicurare a tutti il diritto a un'esistenza dignitosa*.

Le diverse versioni del reddito di cittadinanza discendono, poi, dal modo nel quale i termini qualificanti di questa definizione – «tutti» ed «esistenza» – vengono declinati: se in senso restrittivo o estensivo. La versione minimalista del reddito di cittadinanza, che si ottiene declinando in senso restrittivo sia il diritto all'esistenza che i beneficiari, consiste nell'erogazione di un sostegno economico pari al «minimo vitale», destinato a tutti coloro, ma solo a questi, che versino in condizioni di effettivo bisogno (*reddito minimo garantito*, nella denominazione più diffusa); la versione massimalista, utopica e radicale, che si ottiene declinando in senso espansivo i due termini, consiste invece nell'attribuzione a tutti gli appartenenti di una determinata comunità – siano essi ricchi o poveri, lavoratori o non lavoratori, cittadini o non cittadini – di risorse economiche sufficienti a garantire un'esistenza rispondente ai propri progetti di vita (*reddito di base* o *basic income*). Tra le due versioni estreme, ne esistono altre, che si ottengono combinando diversamente i termini qualificanti della definizione di reddito di cittadinanza: ossia la possibilità di erogare, alle sole persone che si trovino in condizione di debolezza economica e sociale, un reddito che consenta loro non la mera sussistenza materiale, ma un'esistenza piena anche sotto il profilo morale, culturale, sociale, politico; così come la possibilità di erogare universalmente a tutti, anche ai non bisognosi, un reddito appena sufficiente a garantire l'esistenza (in alcune versioni, che si pongono come transitorie verso il raggiungimento di un più pieno obiettivo, si prevede anche la possibilità di un reddito al di sotto del minimo vitale, sacrificando il diritto all'esistenza sull'altare dell'universalità).

pure in via sperimentale, temporalmente e geograficamente limitata, verso la metà degli anni novanta, sotto il governo Prodi (art. 59, l. n. 449/1997, e d.lgs. n. 237/1998), e poi negli anni duemila, in qualche esperienza di livello regionale (particolarmente rilevante quella della Regione Lazio: legge regionale 20 marzo 2009, n. 4). Dopo un lungo silenzio, il «reddito di cittadinanza» è stato uno dei protagonisti nell'ultima campagna elettorale nei programmi di diversi partiti e movimenti politici (tra i più espliciti: Sinistra Ecologia e Libertà; Movimento 5 Stelle), ed è oggetto di alcune proposte di legge nell'attuale XVII legislatura. Attualmente, a livello regionale, misure di «reddito di cittadinanza» variamente denominate sono previste in Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Lazio, Lombardia, Molise, Puglia, Valle d'Aosta, e nelle Province autonome di Trento e Bolzano.

Ulteriore elemento di variabilità è rappresentato poi dal porre o meno condizioni all'erogazione, chiedendo in cambio una prestazione lavorativa o altra attività di pubblica utilità: la versione minimalista di solito condiziona l'erogazione; la versione massimalista mai.

Nei paesi nei quali il reddito di cittadinanza ha già trovato attuazione, questo è avvenuto nella forma del *reddito minimo garantito condizionato* (25). Così è, ad esempio, in quasi tutti i paesi dell'Unione europea, in attuazione dell'articolo 34, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel quale espressamente si riconosce il diritto a «un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti»; e, più specificatamente, in ottemperanza alle numerose raccomandazioni e risoluzioni che indicano il reddito minimo garantito come «uno dei modi più efficaci per contrastare la povertà, garantire una qualità di vita adeguata e promuovere l'integrazione sociale» (26).

In questo quadro, Italia e Grecia spiccano per essere gli unici paesi dell'Unione europea privi di misure universali a tutela dei minimi vitali, nonostante gli ormai reiterati richiami dell'Europa (27). Sicché, riprendendo lo slogan che viene regolarmente issato per giustificare le politiche di rigore e di austerità, anche per il reddito minimo garantito si potrebbe affermare: «è l'Europa che ce lo chiede».

7. — *Quale reddito di cittadinanza?* — Ma anche, e prima – come si è visto –, è la nostra Costituzione a chiederlo.

Ma quale reddito di cittadinanza?

Un reddito minimo garantito, finalizzato ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa a tutte le persone in condizione di fragilità sociale ed economica (secondo i principi dell'*universalismo selettivo*), appare infatti senz'altro *secundum constitutionem*, rientrando in modo paradigmatico tra le misure tese a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale alla libertà e all'eguaglianza dei cittadini.

Un reddito di base garantito a tutti senza la condizione selettiva del bi-

(25) L'unico paese al mondo nel quale si riconosce un reddito di base è l'Alaska, dove a ogni cittadino viene erogato un dividendo sociale con i proventi delle attività petrolifere.

(26) *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa* [2010/2039(Ini)].

(27) A partire dalla *Comunicazione della Commissione del 25 gennaio 1999 sui regimi nazionali di reddito minimo* [Com(98)774 def.], che sottolinea le eccezioni di Italia e Grecia carenti di questo strumento.

sogno (secondo il principio dell'*universalismo assoluto*) (28) rappresenterebbe un livello di protezione ulteriore rispetto a quello preteso dalla Costituzione. Il che, naturalmente, non lo renderebbe per ciò solo a essa contrario: si tratterebbe di un'estensione di tutela *praeter constitutionem*, simile a quella che ha condotto alla previsione per via legislativa di un Servizio sanitario nazionale globale nelle prestazioni, universale nei destinatari, uguale nei trattamenti, nonostante la Costituzione prescriva solo «cure gratuite agli indigenti». Ma diverrebbe *contra constitutionem* se, per garantire l'estensione della provvidenza a tutti, oltre dunque la sfera dei beneficiari individuabili sulla base della Costituzione stessa (i «privi di mezzi»), andasse a incidere pesantemente sul *quantum* della misura, rendendola insufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa proprio a coloro che si trovano sotto la soglia di povertà: nucleo essenziale di tutela costituzionalmente imposto.

Anche la condizionalità – ossia la possibilità di porre condizioni di tipo prestazionale al beneficiario del reddito minimo garantito, chiedendogli di svolgere lavori o attività di pubblica utilità –, se non viene concepita secondo una logica meramente contrattuale del *do ut des*, ma come misura promozionale di reinserimento sociale diretta a rendere il beneficiario autonomo e attivo grazie al proprio lavoro, appare *secundum constitutionem*, rispondendo tanto al profilo del diritto di partecipare effettivamente «all'organizzazione economica e sociale del paese» (art. 3, comma 2, Cost.), quanto al profilo del dovere «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2, Cost.).

Anche se va sottolineato come il dovere di cui all'articolo 4, comma 2, Costituzione non possa essere contratto nel «dovere di lavorare»: l'amplicissima e combattutissima discussione in Assemblea costituente, volta a indicare come dovere repubblicano lo svolgimento non solo di «attività», ma anche di «funzioni», e non solo di tipo «materiale», ma anche «spirituale», e in ogni caso «secondo le proprie possibilità e la propria scelta», non può essere ignorata, riflettendosi chiaramente nel suo approdo testuale (29). Allora, se il profilo del dovere non va trascurato, esso non può tuttavia dirsi soddisfatto dalle logiche del *workfare* che obbligano, in cambio di un sussidio, ad accettare *qualsiasi* lavoro, pena la decadenza dal beneficio. Anzi, questa prospettiva, che incentiva la diffusione di lavori con bassi salari e di

(28) Questa posizione massimalista è sostenuta in Italia autorevolmente da Bronzini (2011, 15), Ferrajoli (2007, 407), Ferrajoli (1995), Rodotà (2012, 245).

(29) Si veda in particolare prima sottocomm., 4 ottobre 1946.

bassa qualità, è da ritenersi in contrasto con la Costituzione, oltre che con le norme di diritto internazionale che espressamente vietano il lavoro forzato od obbligatorio. La condizione, allora, va condizionata essa stessa, chiedendo sì la disponibilità ad accettare lavori, ma che siano il più possibile coerenti con la professionalità pregressa e le competenze acquisite (*principio di congruità del lavoro*). E in ogni caso il lavoro non deve esaurire lo spettro delle possibili condizioni per l'attribuzione del reddito di sostegno, ben potendo il contributo al progresso e al benessere sociale essere dato anche con attività e funzioni diverse, a partire dai lavori di cura delle persone, della comunità, del patrimonio ambientale e culturale.

8. — *Una misura costituzionalmente necessaria* — Un reddito di cittadinanza universale ma selettivo rispetto al bisogno, condizionato alla disponibilità a un lavoro congruo o ad altra attività o funzione socialmente utile, nonché volto all'attivazione e al reinserimento sociale del beneficiario, sarebbe dunque conforme alla Costituzione italiana e all'idea di cittadinanza in essa inscritta.

Ma sarebbe anche una misura costituzionalmente necessaria?

La lettura originalista e sistematica della Costituzione conduce, come si è detto, a riconoscere come universale il diritto ad aver garantita un'esistenza libera e dignitosa. Di tale diritto, il «mantenimento sociale» dei soggetti in condizione di debolezza, privi di lavoro e privi di mezzi, costituisce il contenuto minimo essenziale: quel nucleo irriducibile che, se manca di tutela, conduce irrimediabilmente alla violazione del diritto stesso, e dunque della Costituzione.

Lo ha affermato anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2010: il «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno» è un «diritto fondamentale», «strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana». In ragione di ciò, esso deve essere «garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme», e della determinazione dei suoi livelli essenziali «deve farsi carico il legislatore nazionale», alla luce di una lettura in combinato disposto dell'articolo 117, comma 2, lett. *m*, con gli articoli 2, 3, comma 2, e 38 della Costituzione (30).

(30) Il che non significa che una disciplina di livello regionale in materia di reddito minimo garantito sia incostituzionale, rientrando l'assistenza tra le materie di competenza delle Regioni *ex* articolo 117, comma 4, Costituzione. Ma l'esperienza che si è avuta e si ha in tal senso in Italia dimostra l'inadeguatezza del solo livello regionale, non potendosi tollerare uno Stato sociale a «macchia di leopardo» nei suoi livelli essenziali, a seconda delle volontà politiche e delle capacità fiscali delle singole

Lo Stato, dunque, *deve* farsi – è costituzionalmente necessario che si faccia – carico della garanzia del livello essenziale dell'assistenza sociale, ossia del diritto all'esistenza dei cittadini in condizione di estremo bisogno. E poiché il reddito minimo garantito è una misura idonea a soddisfare questa necessità, può ben dirsi che sia anch'esso «costituzionalmente necessario» (31).

9. — *Contro il reddito di cittadinanza: quali argomenti* — Tuttavia, benché necessaria per dare attuazione alla Costituzione italiana e raccomandata dall'Unione europea, una misura universale di reddito minimo garantito a livello nazionale in Italia ancora non esiste (32).

A sostegno e giustificazione di questa inadempienza si levano diversi argomenti. Parte si rifanno a mali endemici dell'Italia, che la renderebbero –

Regioni. A suffragio di questa lettura, il disegno di legge costituzionale A.C. n. 2613-B, «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione», approvato dal Parlamento in doppia lettura a maggioranza assoluta e in attesa di referendum confermativo da parte dei cittadini, prevede ora esplicitamente, nella nuova formulazione dell'articolo 117, lett. *m*, tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, le «disposizioni generali e comuni [...] per le politiche sociali».

(31) Non anche «costituzionalmente obbligatorio», come sarebbe se fosse l'unica misura atta a dare attuazione alla necessità costituzionale di garantire a tutti un'esistenza libera e dignitosa. Ma così non è: lo Stato potrebbe, ad esempio, porre in essere istituti per erogare direttamente cibo, vestiti, casa, servizi; oppure potrebbe predisporre erogazioni monetarie altre rispetto al reddito di cittadinanza, non universali, categoriali, ma in grado di coprire comunque tutte le situazioni di bisogno; oppure ancora – e come immaginavano i costituenti – potrebbe garantire a tutti un lavoro, e attraverso questo un reddito per vivere dignitosamente.

(32) Non può definirsi tale, infatti, il Sostegno per l'inclusione attiva (Sia), neppure in seguito al superamento della sua fase sperimentale e alla sua estensione su tutto il territorio nazionale in virtù della l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016, art. 1, comma 387), essendo esso destinato alle sole famiglie con figli minorenni e requisiti economici molto stringenti, e subordinato all'adesione a un progetto di attivazione sociale lavorativa. Appare invece promettente nelle sue premesse – ma resta da vederne l'approvazione e l'attuazione – il disegno di legge presentato l'8 febbraio 2016 alla Camera dei deputati, contenente la «Delega recante misure relative al contrasto alla povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali» (A.C. n. 3594), e ivi approvato in prima lettura il 14 luglio 2016, che prevede, da un lato, l'introduzione di una misura unica nazionale di contrasto alla povertà basata sul principio dell'inclusione attiva, individuata come livello essenziale delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale (cd. «reddito di inclusione»); dall'altro, la razionalizzazione e riorganizzazione delle prestazioni di natura assistenziale e di natura previdenziale già esistenti, alla luce del principio dell'«universalismo selettivo».

a differenza degli altri paesi europei – specificamente inadatta a porre in essere una misura siffatta. Oltre al retropensiero di una particolare predisposizione antropologica dell'*homo italicus* a dedicarsi all'ozio favorito dal mite clima mediterraneo (33), si avanzano «impedimenti strutturali» connessi alle peculiarità del contesto italiano: lavoro in nero, bassa legalità, forte disoccupazione, elevata evasione fiscale, corruzione, clientelismo, ridotta capacità amministrativa delle istituzioni [...] Si tratta di impedimenti reali, profondamente radicati in Italia, e che vanno presi sul serio. Eppure, l'uso fatto nel dibattito pubblico di tali ragioni appare sovente strumentale: lungi dal costituire la base empirica e conoscitiva per azioni di politica pubblica volte a superarli, l'esistenza di tali nodi problematici «sembra acquisire uno statuto superiore, quello di una condizione immanente, che strutturalmente non può esser modificata nel nostro paese, quasi si trattasse della dotazione di materie prime» (34).

Altre ragioni volte a stroncare sul nascere qualsiasi ipotesi di reddito di cittadinanza, anche nella versione del minimo garantito, sono quelle della sua insostenibilità finanziaria: nelle proiezioni economiche, le stime di costo che sono state individuate per la realizzazione in Italia di una misura di reddito minimo garantito sono molto disomogenee tra di loro, oscillando tra i cinque e i quindici miliardi di euro (35). Si tratta in ogni caso di cifre indubbiamente rilevanti, e tuttavia non impossibili da recuperare se si immagina di contestualizzare il reddito minimo garantito all'interno dell'auspicata riforma complessiva del sistema di assistenza sociale, che preveda una semplificazione e razionalizzazione delle diverse – a oggi parcellizzate e categoriali – prestazioni economiche, nel senso del loro progressivo assorbimento in un'unica misura di contrasto alla povertà.

Ma la più profonda ragione di avversione al reddito di cittadinanza in Italia è il «tabù del lavoro»: il radicato timore che il reddito di cittadinanza possa tradursi in «insoddisfacente succedaneo al diritto al lavoro» (36), «salario della subalternità», «carità istituzionale», «oppio dei popoli» (37),

(33) Resta memorabile la frase del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali Elsa Fornero: «l'Italia è un paese ricco di contraddizioni, che ha il sole per nove mesi l'anno, e con un reddito di base la gente si adagerebbe, si siederebbe e mangerebbe pasta al pomodoro» (notizia sulla stampa quotidiana del 12-14 marzo 2012).

(34) Commissione di indagine sull'esclusione sociale, *Rapporto sulle politiche contro la povertà, Anno 2010*, in www.governo.lavoro.it, p. 179.

(35) Per una panoramica di alcune proposte per il finanziamento del reddito minimo garantito, Fumagalli 2012; Travaglini 2013.

(36) Bifulco, 1999, 32.

(37) Gorz (1992, 223), anche se il suo pensiero subisce successivamente un'esplicita revisione in favore del reddito di cittadinanza: Gorz (1998).

«compensazione *ex post*» dei disagi derivanti dalla mancanza di lavoro», anziché «promozione *ex ante*» del lavoro» (38). In estrema sintesi, fuga dalla «Costituzione del lavoro», piuttosto che suo rilancio. Questo il radicato timore. Questo il vero tabù. Ed è alla luce di questo tabù che si parla di «lavoro di cittadinanza» come priorità della politica economica da contrapporre al reddito di cittadinanza.

Ma la dismissione delle politiche di sviluppo occupazionale non è nella logica del reddito di cittadinanza: non è in discussione che la Repubblica non debba tralasciare d'un filo nel suo impegno di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro: il «lavoro per tutti» è e resta un obiettivo costituzionale. Anzi l'obiettivo costituzionale (39). Perché il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, partecipazione, oltre che di progresso economico della società. Per citare ancora Costantino Mortati, il lavoro, prima e oltre che strumento di sostentamento, è «mezzo necessario all'esplicarsi della personalità», «in nessun modo surrogabile» da alcuna altra forma di sostegno al reddito che, pur «se provvede al diritto alla vita, lascia insoddisfatta quell'esigenza» (40).

10. — *Reddito di cittadinanza per consentire un'esistenza da «cittadini»*
— Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c'è, non si può, per non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali, far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall'occupazione (o da un'occupazione stabile), relegandoli nel «ghetto dei superflui» (41).

Per quanto si possa essere convinti che sia il lavoro di cittadinanza e non il reddito di cittadinanza il fattore decisivo per la realizzazione dell'individuo e per lo sviluppo della società, occorre prendere atto del dato di fatto per il quale la meta della piena occupazione è ancora (e sempre più) lontana, e porsi come problema collettivo che la mancanza di un'occupazione stabile e dignitosa per tutti non si ripercuota sul diritto all'esistenza di alcuni. Perché è l'esistenza preconditione del lavoro, e non, all'inverso, il lavoro preconditione dell'esistenza. Se il lavoro non c'è, non per questo il diritto di esistere viene meno.

(38) Pennacchi 2013, 1; Lughini, 3.

(39) Rescigno 2008, 299.

(40) Mortati 1975, 16.

(41) Beck 2006.

Il reddito di cittadinanza, nella sua essenza, è dunque questo: *un reddito teso a garantire a tutti* – anche a chi formalmente cittadino non è (42) – *un'esistenza «da cittadini»*; perché non si vive – non si pensa, non si parla, non si agisce, non si partecipa – da cittadini, se non si ha, prima, garantita un'esistenza libera e dignitosa.

Riferimenti bibliografici

- Beck U. (2006), *I giovani «superflui» delle periferie*, in *la Repubblica*, 3 gennaio.
- Bifulco D. (1999), *Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato*, in Chieffi L. (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Cedam, Padova.
- Bronzini G. (2011), *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino.
- Commissione di indagine sull'esclusione sociale, *Rapporto sulle politiche contro la povertà, Anno 2010*, in www.governo.lavoro.it.
- Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, *Relazione finale*, 28 febbraio 1997, in www.astrid-online.it.
- Di Giovine A., Dogliani M. (1993), *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *QG*, n. 2, 321 ss.
- Ferrajoli L. (1995), *Il futuro dello Stato sociale e il reddito minimo garantito*, in Aa.Vv., *Ai confini dello Stato sociale*, Manifestolibri, Roma.
- Ferrajoli L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- Fumagalli A. (2012), *Relazione sulla sostenibilità, costo e finanziamento di un reddito di base incondizionato in Italia*, in www.bin-italia.org, 25 dicembre.
- Gorz A. (1988, trad. it. 1992), *Metamorfosi del lavoro, Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Gorz A. (1997, trad. it. 1998), *Miserie del presente, ricchezze del possibile*, Manifestolibri, Roma.
- Lughini G., *Reddito sì, ma da lavoro*, in www.sbilanciamoci.info.
- Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 242 ss.
- Mortati C. (1975), *Commento all'art. 1*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma.
- Pennacchi L., (2013), *Lavoro, e non reddito, di cittadinanza*, in www.sbilanciamoci.info, 4 giugno.

(42) Secondo un'idea sostanziale e non formale di *cittadinanza sociale*, inclusiva anche di quei «non cittadini» che in Italia stabilmente risiedono e lavorano. Benché, infatti, la Costituzione faccia espresso richiamo ai «cittadini» nell'attribuire il diritto all'assistenza, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che, dal vero dei beneficiari delle prestazioni assistenziali, anche nella misura eccedente i limiti dell'«essenziale», non possono essere esclusi stranieri e apolidi (*ex multis*, Corte cost., sent. n. 432/2005).

- Rescigno G.U. (2008), *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, in Ruotolo M. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Rodotà S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- Travaglini A., (2013), *Reddito minimo, come si potrebbe fare*, in *www.sbilanciamoci.info*, 27 aprile.
- Tripodina C. (2013), *Il diritto a un'esistenza dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino.

ABSTRACT

In questo studio, l'Autrice si impegna nella ricostruzione dei fondamenti costituzionali del diritto ad avere garantita una vita dignitosa anche quando si versi in condizione di povertà. In particolare, la questione che viene posta al centro dell'analisi è se, quando manchi alla promessa del «lavoro per tutti», sulla Repubblica gravi il dovere di garantire a tutti, altrimenti, l'esistenza. La lettura sistematica della Costituzione, illuminata dall'intenzione originaria, conduce l'Autrice a dare una risposta sicuramente positiva, e a ritenere il reddito di cittadinanza – nella forma del reddito minimo garantito – uno strumento costituzionalmente necessario al fine di realizzare una democrazia realmente emancipante, senza con ciò mai venire meno al perseguimento dell'obiettivo costituzionale della piena occupazione.

POVERTY AND DIGNITY IN ITALIAN CONSTITUTION:
BASIC INCOME AS CONSTITUTIONALLY NECESSARY TOOL

In this paper, the Author reconstructs the fundamentals of the right to a free and dignified life, even in conditions of poverty and unemployment. At the centre of the analysis is the specific question as to whether, when the Republic does not maintain the promise of «jobs for all», it has a duty to ensure everyone their existence. The systematic interpretation of the Constitution, enlightened from the original intent, leads the Author to give a positive answer and to consider the basic income, in the form of guaranteed minimum income, a constitutionally necessary tool for a truly «emancipatory democracy», in the perspective to aim full employment.

Patrizia Tullini (*)

DIGITALIZZAZIONE DELL'ECONOMIA
E FRAMMENTAZIONE DELL'OCCUPAZIONE.
IL LAVORO INSTABILE, DISCONTINUO, INFORMALE:
TENDENZE IN ATTO E PROPOSTE D'INTERVENTO

SOMMARIO: 1. Definire il lavoro sul *web*. Tra libertà e precarietà. — 2. Le prospettive del lavoro nella *sharing economy*. — 3. Classificare le forme di lavoro digitale: un esercizio necessario? Lo statuto giuridico del lavoro sulla rete. — 4. Il lavoro tramite piattaforma digitale. Opzioni teoriche aperte ed esigenze di tutela. — 5. Lavoratore digitale o consumatore? Un'alternativa alla protezione lavoristica.

1. — *Definire il lavoro sul web. Tra libertà e precarietà* — La prima difficoltà che incontra un giuslavorista di fronte all'ampio pulviscolo di attività emergenti nell'ecosistema digitale, e in buona parte ancora sconosciute, è quella dell'orientamento: la cattura dei punti di riferimento essenziali per una corretta qualificazione e l'individuazione d'uno statuto giuridico appropriato.

Per evitare di scivolare su un piano generico e astratto, è opportuno chiedere il supporto degli scienziati sociali che già da qualche tempo scandagliano le motivazioni e le aspettative dei lavoratori digitali, i nuovi profili professionali, le modalità imposte o scelte di realizzazione delle attività sulla rete e, non da ultimo, i legami sociali, le appartenenze e la capacità di autoorganizzazione collettiva. Secondo il dato di realtà consegnato dalle analisi empiriche, il lavoro virtuale sembra riguardare specialmente le fasce dei giovani (con elevato livello di scolarità) e delle donne: i primi, perché già entrati nella platea dei «nativi digitali»; le seconde, perché potenzialmente più interessate agli spazi di flessibilità e di conciliazione consentiti dal lavoro sul *web* (1).

L'*appeal* suscitato dai circuiti di comunicazione digitale e dalla loro capacità di promozione dell'individuo nella comunità globale favorisce un'intensa partecipazione dei giovani in età di lavoro. La possibilità di superare di slancio ogni barriera – tra produzione e tempo libero, tra sfera

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

(1) Le analisi empiriche sono state sinora svolte a livello europeo: cfr. Codagnone *et al.* 2016, 53 s.

personale e virtuale, tra remunerazione e gratificazione (2) – costituisce la caratteristica intrinseca della rete e la principale ragione del suo successo. Si allentano i confini tra produttori e consumatori sino a confonderli o sovrapporli (come suggeriscono alcune etichette in uso nella letteratura comparata: *prosumers*; *prosummateurs*; *consum'acteurs*), ma si svelano anche innumerevoli ambivalenze. Come accade quando si frequenta un ambiente ancora poco o per nulla regolato, percorrendo il crinale molto sottile che separa una nuova opportunità di lavoro dal suo esatto contrario. Nella prospettiva dell'occupazione femminile si delineano altre ambiguità: l'estrema accessibilità e impersonalità del *web* non affievoliscono il peso degli stereotipi sociali che s'insinuano anche nei settori direttamente coinvolti dalla rivoluzione digitale né i rischi della discriminazione di genere (3).

Trattandosi di fasce di popolazione storicamente colpite da un elevato tasso di disoccupazione, la rilevazione empirica sulla partecipazione dei giovani e delle donne alle attività *online* può risultare fortemente evocativa d'un mercato del lavoro parallelo e piuttosto opaco. La tentazione immediata sarebbe quella d'inventariare una nuova, per quanto ancora inesplorata, zona di precarietà e di occupazione sommersa o irregolare. Del resto, lo scenario virtuale si presta a consentire o agevolare pratiche simulatorie ed elusive delle tutele del lavoro: come le tecnologie riescono ad abbattere i costi d'intermediazione, organizzativi e di transazione in capo alle imprese, allo stesso modo possono ridurre i vincoli di protezione e gli argini allo sfruttamento della persona che lavora. C'è molto lavoro tradizionale che si avvale utilmente delle tecnologie e c'è molto lavoro tradizionale che, viceversa, ne è disgregato (4).

E tuttavia, rifuggendo dall'omologazione e dalla riedizione di classificazioni già note, il lavoro della rete non cerca necessariamente un inquadramento classico né una disciplina *standard* né una protezione sindacale che lo metta al riparo dal rischio della precarietà. Ciò vale soprattutto per quella parte di utenti-lavoratori che sfruttano il potenziale di autonomia, creatività e produzione innovativa sostenuta dal *web*. Sul piano individuale, l'ecosistema digitale rappresenta per i *freelancers* il motore di sviluppo d'identità professionali e di riconoscimento sociale, mentre sul piano collettivo favorisce il coagulo di forme di partecipazione e rappresentanze col-

(2) Cfr., ad es., Risi, Armano 2014, 16 ss.

(3) In tema v. Rafnsdóttir 2014. Secondo Codagnone *et al.* (2016, 54), «*gender and ethnicity-based discrimination [...] is not uncommon and workers have not way to protect themselves from it.*»

(4) Tullini 2015, 10.

lettive che, allo stato, non si riconoscono nelle esperienze storiche dell'organizzazione sindacale.

Nella variegata morfologia delle attività *online* molte sfuggono intenzionalmente alla causa negoziale e alla contrattualizzazione, mettendo a frutto specialmente le dimensioni cognitive, relazionali e comunicative della rete. Nell'ambito dell'economia collaborativa si coltiva la logica della fruizione-condivisione di beni/servizi, si alternano lo scambio alla pari, le prestazioni volontarie/gratuite e persino quelle inconsapevoli, alle quali l'utente partecipa senza una chiara consapevolezza del loro equivalente economico (v. *infra*, par. 2). Sino al limite estremo della creazione di sistemi informativi impersonali capaci di raccogliere e organizzare le tracce spontaneamente prodotte dagli *users*, destinandole al mercato. Proliferano i siti di sondaggi, concorsi a premi ed esercizi ludici che promettono, in cambio di alcune microattività, ricompense o altri vantaggi (sconti e *bonus*): in simili contesti, tende comprensibilmente a complicarsi la questione relativa all'individuazione di un'attività di lavoro in senso proprio.

Questa breve rassegna suggerisce l'impressione che il tema della precarietà debba essere declinato in modo diverso rispetto al passato. Nonostante la rapida diffusione delle infrastrutture digitali in corrispondenza della frammentazione della catena di valore mondiale, non sono agevolmente prevedibili l'evoluzione quali/quantitativa del lavoro *online* e l'incidenza rispetto al volume complessivo dell'occupazione. Gli analisti economici stimano che le attività sulla rete costituiscano la fonte primaria di reddito per una fascia considerevole di lavoratori e un'integrazione economica per quelli *under/self employed*, mentre solo una minoranza risulta inoccupata e inattiva. Il tasso di sostituzione dell'impiego tradizionale (tanto più di quello subordinato) non è facilmente calcolabile: le rilevazioni compiute in alcuni paesi europei non lanciano allarmi, pur evidenziando la forte crescita del lavoro autonomo, i fenomeni ambigui del cumulo di differenti ruoli lavorativi e molti casi di pluriattività (5).

È inutile negarlo: il lavoro digitale si presenta intrinsecamente instabile, discontinuo e frammentato, sia quando venga imposto come tale dalle infrastrutture e dagli aggregatori tecnologici, sia quando sia consapevolmente offerto dal *web worker* in queste guise. Le nuove relazioni lavorative richiedono appropriate tecniche di qualificazione giuridica e di regolamen-

(5) Secondo Codagnone *et al.* (2016, 52 ss.), la rilevanza del mercato del lavoro digitale appare «*statistically non marginal*» e, con un tasso di crescita analogo a quello dell'ultimo quinquennio, «*could potentially encroach traditional and long-term forms of employment*».

tazione, ma anche un nuovo modo di pensare l'individuale e il collettivo.

Si presenta ai giuslavoristi la sfida potente della ridefinizione del concetto di lavoro a partire dall'esigenza di verificare quali prestazioni siano svolte a titolo professionale o meno, ridisegnando i confini tra gli statuti e selezionando i bisogni autentici di protezione. Ma neppure i sociologi riescono a sottrarsi ai dilemmi sollevati dai molteplici effetti della digitalizzazione nella dimensione individuale e sociale del lavoro: «*revenue décent, sécurité d'emploi, sens du travail et lien social restent des attentes fortes*», ed è lecito chiedersi in quale misura l'economia digitale possa continuare a soddisfare tali aspettative (6).

2. — *Le prospettive del lavoro nella sharing economy* — Il dibattito che si svolge a livello europeo e comparato ha raggiunto (sebbene ancora marginalmente) la dimensione domestica, guadagnando qualche attenzione con la presentazione della proposta di legge relativa all'economia collaborativa e alle piattaforme digitali (A.C. n. 3564: cd. *Sharing Economy Act – Sea*) (7).

La prospettiva del legislatore italiano (come, del resto, delle istituzioni europee) (8) è orientata alla promozione del «nuovo modello economico e culturale» basato sulle risorse digitali, che si ritiene possano favorire «opportunità di crescita, occupazione e imprenditorialità». Anziché puntare sull'economia dello scambio, si pone al centro l'offerta e la fruizione di attività *sub specie* di «tempo, competenze e servizi, il cui valore non necessariamente può essere determinato in denaro e può tenere in considerazione elementi generalmente esclusi dalle tradizionali logiche di scambio».

Eppure, nonostante il *focus* sul valore economico generato dalla condivisione, la proposta legislativa nega *a priori* ogni implicazione circa l'erogazione di prestazioni lavorative: proprio al contrario ha cura di avvertire che tra le piattaforme digitali e i loro fruitori «non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato» (art. 2, A.C. n. 3564). Non si nasconde che «emerge con forza il complesso tema riguardante lo *status* giuridico e

(6) Valenduc, Vendramin 2016, 47 s.; Barbera 2016, 686: «la sfida [è] quella di pensare a quali nuove forme di esistenza prefigura una società digitalizzata».

(7) A.C. n. 3564: «Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione», elaborato dall'Intergruppo parlamentare dell'innovazione e sottoposto a consultazione pubblica *online* sino al 31 maggio 2016.

(8) Cfr. Com(2016)356 final, 2.6.2016, *A European agenda for the collaborative economy*. Per l'analisi approfondita e il commento del documento con ampi riferimenti, v. Bronzini 2016a.

la tutela del lavoratore che opera attraverso le piattaforme di *sharing economy*» (9), ma poi ci si preoccupa di prevenire ogni dubbio o disputa sul tema, escludendo la configurabilità di rapporti di lavoro con qualsiasi tipologia di utente.

È ovvio che la questione non può essere rimossa o accantonata così superficialmente. Preso atto della polverizzazione delle frontiere tra il ruolo di produttore e consumatore, tra la figura del dipendente e del collaboratore volontario (*sharer*), emerge un interrogativo scomodo: siamo di fronte a un'attività eseguita a titolo gratuito oppure a una prestazione di natura subordinata e non remunerata? (10).

Preliminarmente, con uno sforzo di maggior chiarezza, sarebbe necessario superare la retorica che evoca spesso il riferimento alla *sharing economy* e sciogliere le molte ambivalenze annidate in tale modello, distinguendo i differenti aspetti che possono assumere la collaborazione e la condivisione attraverso la rete. Un primo paradigma organizzativo riguarda la fruizione congiunta (se si vuole, comunitaria) di beni/servizi che, per definizione, sono utilizzabili solo in modo condiviso: in questa forma di godimento non proprietario, la collaborazione tra pari si svolge «in assenza di un vero e proprio sistema di prezzi o di comandi gerarchici» (11), al di fuori dei meccanismi di mercato. Mentre occorre evitare la confusione con le modalità collaborative adottate dalle piattaforme digitali per la produzione, la circolazione e il consumo (in senso lato, la condivisione) di beni/servizi che sono destinati a rimanere nel regime proprietario e nella disponibilità giuridica esclusiva.

L'eterogeneità delle iniziative messe in campo dalla *sharing economy* non sfugge alle istituzioni europee, che hanno censito ben quattro distinti settori: da consumatore a consumatore (C2C), da consumatore a consumatore passando attraverso un'impresa (C2B), da impresa a consumatore (B2C) e da impresa a impresa (B2B) (12). È evidente che queste ultime forme organizzative si avvalgono delle tecnologie digitali per ovviare ai vincoli caratteristici dei modelli economici classici, senza rimanere

(9) Relazione introduttiva A.C. n. 3564.

(10) Cfr. Committee of The Regions, *The Local and regional dimension of the sharing economy*, 3-4 dicembre 2015, punto 14, secondo cui il paradigma della condivisione «*is potentially disruptive to labour relations*». Qualche voce critica si leva anche nel contesto italiano (Cacace 2016): il modello «ha successo [...] per la disponibilità di lavoro povero, a buon mercato e precario, lavoro disponibile per il calo dell'occupazione tradizionale».

(11) In tema, Smorto 2015a, 221 ss.; Smorto 2015b, 245 ss.; Nicita 2015.

(12) Cese (2014), punto 4.8.

estranee alla logica del mercato e del profitto. Dunque, non è affatto superfluo chiedersi se la prestazione erogata *online* costituisca una sorta di lavoro informale o irregolare.

La Commissione europea ha raccomandato agli Stati membri di elaborare «*fair work conditions and adequate and sustainable consumer and social protection*», posto che gli attori dell'economia collaborativa dovranno far riferimento agli ordinamenti nazionali e alla disciplina vigente dove viene erogato il servizio o la prestazione. Viceversa, l'applicazione delle direttive europee in materia di tutela sociale rimane condizionata all'individuazione della figura del lavoratore dipendente in base ai criteri di qualificazione elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A ben vedere, però, i criteri in questione dettati per l'operatività del diritto europeo (vincolo di dipendenza giuridica, natura economica dell'attività e obbligo di retribuzione) sono pertinenti alla nozione tradizionale di prestazione lavorativa subordinata e presentano ben scarse possibilità di adattarsi alle multiformi pratiche collaborative che si svolgono sulla rete. L'intervento a favore di coloro che partecipano alla *sharing economy* si riduce, in sintesi, a una sollecitazione ai decisori nazionali affinché provvedano all'adeguamento delle rispettive regolamentazioni domestiche, senza prendere posizione sulla natura giuridica delle attività (13).

3. — *Classificare le forme di lavoro digitale: un esercizio necessario? Lo statuto giuridico del lavoro sulla rete* — Al netto delle attività che si collocano genuinamente nell'area dell'economia collaborativa, di fronte all'orizzonte complesso e tumultuoso della rete è inevitabile tentare un'opera di riordino e una pertinente classificazione.

Da questo angolo visuale si registra un'ampia convergenza delle istituzioni e degli organismi sovranazionali. La Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e lavoro (Eurofound) ha censito una tassonomia delle fattispecie collegate all'espansione dell'economia digitale, rappresentando un deciso slittamento verso modalità occupazionali mobili o nomadi (*Ict based mobile work*), occasionali o casuali (*casual work*) e pluriframe mentate (*portfolio work*), oltre che verso le attività semiindipendenti tramite piattaforma (*crowdworking; collaborative self-employment*) (14). Un analogo inventario è stato elaborato dall'Agenzia europea per la salute e sicurezza

(13) Com(2016)356 final, cit., 13: «*Member States should [...] assess the adequacy of their national employment rules considering different needs of workers and self-employed people in the digital world*».

(14) Cfr. Eurofound (2015), che ha classificato nuove forme d'impiego collegate alle tecnologie digitali; e Wef (2016).

(Eu-Osha) con il principale obiettivo di evidenziare le insidiose implicazioni del lavoro digitale per i beni fondamentali della persona, che attualmente sfuggono a qualsivoglia misura di salvaguardia e prevenzione (15).

Le politiche europee adottate nell'ambito della *Digital Single Market Strategy* non trascurano le prevedibili ricadute sull'andamento occupazionale ed è avvertita l'esigenza d'un inquadramento concettuale delle multiformi espressioni del lavoro sulla rete: il loro regime giuridico «*is unclear*» e, senza una preliminare risposta alla questione teorica, è difficile stabilire «*what regulations should apply*» (16).

Com'è facile intuire, il principale ostacolo che incontrano i tentativi classificatori consiste nel fatto che la digitalizzazione è suscettibile d'incidere sui tipi contrattuali già esistenti e regolati, quanto di sviluppare ulteriori modalità di lavoro per mutazione o combinazione o ibridazione. È innegabile la metamorfosi – all'insegna della flessibilità e dell'individualizzazione – di alcune figure tipiche (ad esempio, *part-time*, lavoro intermittente, prestazione tramite *voucher*), per le quali si pone una questione di modulazione e adattamento delle regole al fine di ovviare ai rischi specifici dell'ambiente virtuale. Problemi più complessi riguardano, invece, le modalità d'impiego totalmente innovative e ancora poco strutturate che si allontanano, quasi in un crescendo, dal tipo standard: dal lavoro a distanza (*smart working*) a quello autonomo o semiautonomo dei cd. lavoratori nomadi, sino alla pratica più sorprendente del *crowdworking*.

Se è vero che l'evoluzione delle tecnologie – come scrive la dottrina straniera – «*brouille les frontières du travail*» (17), è inevitabile domandarsi se risulti attuale e ancora fruibile la dicotomia ortodossa tra autonomia/subordinazione. Se, in altri termini, sia percorribile l'idea di sistematizzare la variegata e plurale fenomenologia del lavoro digitale riconducendola all'uno o all'altro statuto giuridico, magari attribuendo al legislatore il compito di stabilire l'appartenenza (politicamente) più opportuna nei casi dubbi o ambigui.

Il superamento dell'alternativa tra lavoro subordinato e autonomo è largamente invocato nella letteratura scientifica americana sul presupposto che l'impostazione teorica bloccata e dicotomica finisca per limitare il dibattito e le possibili soluzioni. Peraltro, la missione di elaborare alternative più idonee – «*outside of traditional employment*» – viene consegnata all'iniziativa delle organizzazioni imprenditoriali e delle infrastrutture della rete,

(15) Cfr. Eu-Osha 2016; Eu-Osha 2015; Huws 2015.

(16) Eu-Osha 2016, 6.

(17) Jolly, Prouet 2016, 41.

incaricate di «*inventing more creative options in the global workplace*» per offrire «*good work*» (da intendersi come lavoro meglio remunerato) anziché «*good jobs*» (18).

Anche in Italia (e in Europa), dove la fonte legislativa conserva un ruolo centrale, l'intervento nel mercato del lavoro appare sempre meno condizionato dall'omaggio alle consolidate categorie concettuali. Le occasioni per dimostrarlo si sono moltiplicate nel corso del tempo: dalle fattispecie a struttura triangolare (ad esempio, lavoro interinale e somministrazione di personale), ai rapporti parasubordinati e agli *status* intermedi – periodicamente ridefiniti dal legislatore con movimenti pendolari – che uniscono la cifra astratta dell'autonomia con alcuni segmenti della disciplina protettiva della subordinazione. La più recente tipizzazione ha riguardato le collaborazioni continuative e di carattere personale che si svolgono con modalità eteroorganizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81/2015). Pur essendo ispirata da una prioritaria finalità antiabusiva, la nuova figura si proietta in modo piuttosto artificiale oltre il dualismo classico: per un verso, rimette in gioco il problema della genuinità della prestazione lavorativa autonoma e, per l'altro, dispone l'annessione coattiva del lavoro eteroorganizzato all'area della subordinazione sulla base di indici particolarmente incerti.

Volendo accettare la sfida della qualificazione giuridica in base all'attuale assetto legislativo, le attività *online* potrebbero ricondursi in prevalenza a rapporti di lavoro di tipo autonomo, occasionale e, talora, alle collaborazioni parasubordinate (cfr. art. 52, d.lgs. n. 81/2015). Sembra meno idonea, invece, la figura della collaborazione eteroorganizzata e in odore di subordinazione, anche perché il suo profilo normativo punta a valorizzare i vincoli posti dal committente «con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015), mentre sono proprio i confini spaziotemporali a essere violati dalle tecnologie. Se è vero che l'assimilazione tra il lavoro eteroorganizzato e quello subordinato *tout court* non riesce a fornire «una risposta alla trasformazione antropologica del lavoratore autonomo di seconda generazione» (19), tanto meno sembra in grado di rispondere alle specifiche esigenze della rete.

Non conduce a un vero progresso neppure la facile (ma superficiale) assonanza tra il lavoro digitale e quello a domicilio (cfr. l. n. 877/1973) (20). Se si adottasse un simile approccio, occorrerebbe rimodulare in senso de-

(18) Boudreau 2015.

(19) Secondo Bronzini (2016b, 78-88): «la norma privilegia l'eteroorganizzazione della prestazione a livello spazio-temporale che nell'era del lavoro *on demand* su internet o della *share economy* è sempre più rara».

(20) Daubler 2016, 504.

rogatorio il tipo legale dell'art. 2094 c.c., ma la complessa operazione rischierebbe di risolversi nella declinazione astratta d'un (ulteriore) modello di lavoro subordinato rimesso, di fatto, all'applicazione volontaria dei contraenti. A tutto concedere, la tipizzazione d'un rapporto speciale, come quello subordinato a domicilio, riuscirebbe a catturare solo un segmento marginale e secondario del mercato del lavoro digitale.

Né la tesi della subordinazione «speciale» né la definizione di un'area intermedia tra autonomia e subordinazione raccolgono molti consensi nella dottrina comparata, e probabilmente il pregiudizio negativo dipende dalle (instabili) esperienze legislative dei paesi del Sud Europa (21). Entrambe le opzioni sembrano trascurare un dato elementare, eppure ineludibile, costituito dalla scomparsa o dall'appannarsi del requisito della personalità della prestazione svolta *online*: requisito che rimane tuttora decisivo ai fini qualificatori e negli schemi concettuali della subordinazione e della parasubordinazione.

Non mancano invero altre soluzioni orientate a un approccio teorico più radicale. Aniché forzare i confini tra gli statuti o riformulare gli elementi strutturali della subordinazione o, ancora, alimentare l'area grigia della parasubordinazione, si può pensare di ricollegare i diritti e le tutele direttamente alla persona che entra nel mercato del lavoro digitale, ammettendo la loro portabilità nei percorsi frammentati e nell'evoluzione delle traiettorie professionali.

A quest'idea è ispirato l'istituto del «*Compte personnel d'activité*» (di seguito, Cpa) elaborato nell'ordinamento francese con l'obiettivo di agevolare la mobilità tra i differenti regimi lavorativi e l'ambizione di offrire una tutela sociale universalistica. Il meccanismo «a punti» consegna al singolo la facoltà di scegliere gli strumenti di garanzia «*au moment où il le souhaite en fonction de ses besoins*» (22), puntando a spostare la protezione al di fuo-

(21) Sulla proposta d'introdurre la nozione di parasubordinazione adottata in Italia e Spagna, Jolly, Prouet (2016, 44) osservano in modo scettico: «*Quels bilans tirer de ces expériences étrangères? Quels risques de contournements supplémentaires, la création d'un statut intermédiaire peut-elle engendrer?* ».

(22) Cfr. art. 38, *loi* 2015-994 del 17 agosto 2015, «*relative au dialogue social et à l'emploi*», ha previsto l'attivazione dal 1° gennaio 2017 d'un «*compte personnel d'activité qui rassemble, dès son entrée sur le marché du travail et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, les droits sociaux personnels utiles pour sécuriser son parcours professionnels*». Il Cpa è stato elaborato con procedura pubblica di cocreazione su piattaforma digitale e codificato dall'art. 39 della cd. «*loi travail*» (legge 8 agosto 2016, n. 1088, relativa «*au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*»), che ha inserito gli artt. da L. 5151-1 a L. 5151-6, *Code du travail*. Cfr. *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, Rapport de la

ri della relazione contrattuale e a sostenere la posizione del lavoratore nel mercato. Al contempo, però, imbocca decisamente la via della flessibilità attraverso «*mécanismes d'individualisation et de contractualisation dans le domaine des politiques sociale et des politiques d'emploi*» (23).

La soluzione non è priva di controindicazioni e suscita il timore d'un rafforzamento delle diseguglianze economico-sociali, con effetti penalizzanti a carico delle fasce più deboli. Va considerata l'eventualità, sottolineata da buona parte della dottrina francese, di alterare la distribuzione mutualistica dei rischi sociali e di sconvolgere i presupposti del finanziamento del *welfare*, tenuto conto che i redditi dei lavoratori digitali sono in genere piuttosto bassi.

Il cammino delle misure di *flexicurity* all'ombra dei legislatori nazionali non è per nulla semplice, anche perché richiede la ricomposizione d'un punto di equilibrio tra il piano individuale e collettivo, tra quello pubblico e privato.

4. — *Il lavoro tramite piattaforma digitale. Opzioni teoriche aperte ed esigenze di tutela* — Gli studi socioeconomici sono concordi nel ritenere che la maggiore aggressività nei confronti dell'occupazione tradizionale è quella espressa dalle piattaforme digitali, sia quando operino nell'economia collaborativa sia – soprattutto – quando scelgano l'esternalizzazione verso la moltitudine della rete nelle diverse modalità riassuntivamente etichettate come *crowdworking* (24).

Al di là della questione, non secondaria, che riguarda la loro natura giuridica (piazze virtuali?; intermediari digitali?; agenzie per il lavoro?; imprese oligopolistiche?), si osserva che le piattaforme, pur muovendo rilevanti volumi di attività, generalmente escludono la costituzione di rapporti di lavoro ed evitano ogni riferimento al concetto stesso di prestazione lavorativa (25). Si rivolgono a un'arena indifferenziata di utenti, lavoratori autonomi e subordinati, figure più o meno professionalizzate, microimprese, volontari ingag-

Commission, ottobre 2015, e *Dossier de presse*, 13.4.2016, www.gouvernement.fr; Ministère du Travail, *Compte personnel d'activité*, <http://travail-emploi.gouv.fr/grands-dossiers/projet-de-loi-travail>, che ha definito il Cpa «*mesure phare de la loi travail*».

(23) Jolly, Prouet 2016, 59 ss. Sulle origini dell'istituto cfr. Tourres 2016, 95 ss.

(24) La dottrina francese usa anche l'espressione «*externalisation ouverte du travail*»: Valenduc, Vendramin 2016, 35. In tema di lavoro tramite piattaforma cfr. Donini 2016, 164 ss.; Daubler 2016, 501 ss.

(25) Le istituzioni europee sono caute nell'estendere alle piattaforme qualsiasi vincolo giuridico: cfr. Com(2016)288/2 del 25.5.2015, *Communication on online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*.

giati con procedure competitive (ad esempio, aste e concorsi che contemplano una remunerazione solo per il vincitore) (26), ma sono in grado di gestire anche i settori economici tradizionali e di coordinare prestazioni *offline*. Da questo punto di vista possono diventare un vettore di massificazione e favorire il lavoro irregolare o non dichiarato: non a caso è stato coniato il termine «*cyber-prolétariat*» per alludere alla riproposizione d'un paradigma organizzativo di tipo tayloristico (27).

Pur essendo configurabili modalità plurime e talora persino difficili da catalogare, prevale la struttura triangolare del *crowdworking*: si evita, così, il contatto diretto tra domanda e offerta di lavoro, mentre l'infrastruttura digitale s'incarica d'interagire separatamente su entrambi i versanti (cd. *two-side market*). Questa, infatti, può assumere simultaneamente o di volta in volta ruoli differenti: come semplice intermediario, in qualità di collettore o gestore d'un *data warehouse* di profili professionali; come appaltatore di servizi, senza assumere alcun obbligo verso i lavoratori utilizzati in quanto l'esito della transazione è più spesso condizionato al gradimento dell'appaltante o cliente finale; come committente, nelle residue ipotesi in cui stabilisca direttamente il contenuto della prestazione e la remunerazione.

La soluzione ottimale sul piano garantistico sarebbe quella – invero, la più difficile da riscontrare – che riconosce la natura subordinata del lavoro *online* e attribuisce alla piattaforma il ruolo datoriale. Gli schemi normativi della somministrazione di personale o dell'appalto di servizi potrebbero fornire elementi utili ad apprestare un *set* di tutele a fronte della prestazione fruita direttamente dalla piattaforma o, per suo tramite, da un cliente. Anche la costruzione più complessa della codatorialità, sostenuta dalle dottrine funzionalistiche della figura del datore di lavoro (28), potrebbe essere d'ausilio nell'imputazione di responsabilità giuridiche. E tuttavia, la possibilità di concludere transazioni con i propri mezzi informatici e verso una pluralità di committenti del *web* si considera condizione per sé sufficienti a riconoscere la piena autodeterminazione del *crowdworker*. Restano sul piano fattuale le prerogative di conformazione della prestazione digitale e, per lo più, si esclude l'esercizio d'un potere direttivo in capo alla piattaforma che normalmente impiega forza lavoro *on demand* e si riserva di avvalersi o meno della prestazione erogata.

(26) Daubler 2016, 503: «*A "Lottery" is not an adequate form of salary*».

(27) In prospettiva critica cfr. Jolly, Prouet 2016, 42; Valenduc, Vendramin 2016, 36; Degryse 2016, 38; Drahokoupil, Fabo 2016, 4.

(28) Per un'analisi dell'approccio funzionalista nell'individuazione della figura datoriale cfr. spec. Barbera 2010, 203 ss.

Nella migliore delle ipotesi si ritiene che il *crowd-employment* assuma natura autonoma, specie quando consista nella realizzazione di progetti o richieda competenze di carattere artistico-creativo e di pregio professionale. È questo lo statuto giuridico che viene preferibilmente richiamato dai documenti europei e dalle prime regolamentazioni nazionali (29). Vero è che persino nei confronti dei *freelancers* la piattaforma non rinuncia a esercitare ampie prerogative unilaterali che attengono alla definizione dell'attività, al controllo sull'esecuzione e sulle informazioni scambiate tra le parti, alla previsione del compenso. Non sono rare le clausole che prevedono una riserva di gradimento dell'attività resa, cui si aggiunge il potere d'escludere o bandire il lavoratore digitale, senza alcuna giustificazione, dalla partecipazione a future transazioni (30). Dunque, a prescindere dalla (remota) possibilità di accertare un vincolo di subordinazione, non si può negare l'esigenza di contrastare la deriva dell'instabilità e insicurezza, fissando un nucleo minimo di garanzie per il *crowdworker*, oltre a quelle già universalmente attribuite dalle fonti (europee e nazionali) sulla protezione dei dati personali e sulla proprietà intellettuale.

Anche quando si tratti di un'attività professionale e autonoma vanno riconosciuti il diritto all'informazione preventiva e completa sulle condizioni contrattuali, una chiara definizione del diritto di recesso, la facoltà del lavoratore, spesso ostacolata o disconosciuta dalla piattaforma, d'impedire la fruizione del servizio o della prestazione rifiutata e non compensata (31). Non da ultimo resta la necessità d'introdurre idonee clausole antidiscriminatorie: alcuni casi giurisprudenziali hanno documentato che la raccolta massiccia di informazioni e il controllo automatizzato delle prestazioni sulla rete (tramite algoritmi, punteggi e classifiche reputazionali) possono generare effetti (diretti e indiretti) altamente discriminatori, specie in base al genere, all'origine etnica e alla provenienza territoriale (32).

Le difficoltà nell'accertare se la piattaforma rivesta un ruolo datoriale e sia giuridicamente tenuta ad assicurare condizioni lavorative dignitose e sicure rende ovviamente aleatoria l'operatività delle misure protettive. Per-

(29) L'art. 60 della cd. «*loi travail*» (legge 8.8.2016, n. 1088) qualifica i lavoratori tramite piattaforma come «*travailleurs indépendants*», escludendo che si possa instaurare qualsiasi vincolo di subordinazione (Cfr. art. L. 7341-1, *Code du travail*).

(30) Cfr. Huws 2015, 17; Smorto (2015a, 254), che cita il caso della «disattivazione di utenze» al fine di escludere il lavoratore, similmente a un licenziamento.

(31) La «*loi travail*», all'art. 60, prevede anche il diritto del lavoratore di accedere alla formazione continua e l'accollo alla piattaforma dei relativi oneri economici.

(32) Codagnone *et al.* (2016, 52) riferiscono il messaggio postato da alcune piattaforme: «*This job is not for people from Bangladesh and Pakistan and your bid would be rejected automatically if you are from any one of the mentioned countries*».

altro, sono in gioco diritti fondamentali della persona che reclamano tecniche innovative e specifiche di tutela, in quanto i comportamenti, le sfere esistenziali ed emozionali del lavoratore – che erano risparmiate dal sistema di comando dell'età industriale – sono ora attratte e assorbite nel modo di operare sulla rete.

Alcuni segnali in tal senso si colgono, ad esempio, nell'introduzione del diritto/dovere alla disconnessione di matrice francese (33), nelle prassi organizzative tese a evitare il sovraccarico, l'affaticamento cognitivo e la condizione d'isolamento del lavoro sulla rete. Nel diritto italiano è stato introdotto da tempo, con una disposizione poco conosciuta, l'obbligo del datore di lavoro di predisporre mezzi adeguati a «prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza», nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali (art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008).

5. — *Lavoratore digitale o consumatore? Un'alternativa alla protezione lavoristica* — Per disciplinare un mercato del lavoro così destrutturato come quello emergente sul *web*, l'opzione favorevole all'applicazione delle regole di garanzia del lavoro non è affatto scontata. Un dubbio un po' provocatorio s'è già affacciato: «*est-on dans le domaine de la protection du travail ou celle des consommateurs?*» (34).

Non è così peregrina l'impressione che la disciplina consumeristica abbia raggiunto livelli di garanzia più elevati rispetto a quelli del lavoro, sino al punto d'includere tra i soggetti tutelati i piccoli professionisti e le microimprese. La dottrina civilistica non è lontana dal proporre una specifica categoria euristica – il contratto asimmetrico o terzo contratto – nel cui contenuto si proietta la protezione del contraente debole: «vuoi per la sua qualifica di consumatore, turista, risparmiatore, utente o microimpresa, vuoi per la sua condizione di dipendenza economica con il soggetto ritenuto forte» (35).

(33) La «*loi travail*» prevede il diritto del lavoratore alla disconnessione all'art. 55 (che modifica l'art. L. 2242-8, *Code du travail*), mentre in dottrina Mettling (2015, 52) ha proposto di completare tale diritto con il «dovere» di disconnessione. Nell'ordinamento italiano, cfr. A.C. n. 4135/2016 («Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato»), che, in relazione alla fattispecie del «lavoro agile», prevede all'art. 16, comma 1, l'introduzione pattizia di «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione [...] dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». Altre proposte riguardano il blocco dell'accesso *online* in particolari orari: Weiss 2016, 657.

(34) Valenduc, Vendramin 2016, 46.

(35) Labella 2015, 887.

E il lavoratore digitale?

Mentre il *trend* di tutela risulta in crescita per il consumatore, non accade altrettanto per il lavoratore della rete. Nel Codice del consumo resta ben saldo il principio della protezione imperativa che comporta la nullità assoluta delle pattuizioni contrastanti e l'irrinunciabilità dei diritti individuali e collettivi (cfr. art. 163, d.lgs. n. 206/2005); al contempo si sancisce espressamente la salvaguardia delle modifiche *in melius* e di eventuali disposizioni più favorevoli (cfr. artt. 1469-*bis*, c.c. e 81-*bis*, d.lgs. n. 106/2005). L'inderogabilità si estende alla definizione della competenza territoriale per l'azione in giudizio, opportunamente collegata alla residenza o al domicilio della parte contrattuale più debole (art. 63, d.lgs. n. 206/2005). Quando infine la normativa applicabile al rapporto di consumo appartenga a un altro Stato europeo, sono assicurati i diritti inderogabili a favore dei consumatori/utenti residenti in Italia (art. 66-*ter*, d.lgs. n. 206/2005).

Nel paniere delle tutele rafforzate sono inclusi inoltre i diritti della persona, a partire da quello alla salute (cfr. art. 2, comma 2, lett. *a*, d.lgs. n. 205/2006), mentre altri diritti riconosciuti come «fondamentali» nel rapporto di consumo potrebbero acquistare un particolare rilievo per il lavoratore digitale: come la pretesa a un'adeguata informazione sui contenuti dello scambio e il rispetto delle regole di «correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali» (art. 2, lett. *c-e*, d.lgs. n. 206/2005). Si tratta di garanzie opportunamente adattabili al lavoro digitale, costretto a fare i conti con le caratteristiche di aterritorialità, autarchia e policentrismo della rete: caratteristiche che ostacolano il riferimento a un preciso ordinamento nazionale e rendono arduo assicurare l'effettività dei diritti.

Gli studiosi tendono a considerare in modo separato la realtà della *sharing economy*, ritenendo che il modello economico collaborativo sarebbe capace di autogovernarsi avvalendosi dell'ampia disponibilità d'informazioni e della trasparenza consentita dalla rete. Il funzionamento ottimale del settore sarebbe basato sui fattori di chiarezza, fiducia e buona reputazione generati in modo spontaneo dai flussi di dati e dalle prassi di valutazione tra pari (*peer-reviewing*; *peer-monitoring*). Così, risulterebbero significativamente attenuate le disparità che affliggono i mercati tradizionali e la comunità del *web* sarebbe in grado di prevenire o sanzionare da sé abusi, devianze, comportamenti opportunistici.

Rispetto a questa visione irenica si può replicare che non sempre la fruibilità d'una mole considerevole d'informazioni è idonea a eliminare o ridurre gli squilibri, recuperando la posizione di debolezza economica o di svantaggio del lavoratore-utente. Se è vero che nell'economia collaborativa

la risorsa informativa può essere gestita con minore precisione perché è finalizzata a transazioni *extra commercium*, non si può dire altrettanto per le relazioni che coinvolgono imprese, professionisti e piattaforme digitali. Per un verso, la capacità degli operatori del *web* di accumulare e trattare ampie basi di dati ripropone evidenti *gap* informativi e di potere contrattuale; per altro verso, come s'è rilevato, non va sottovalutata la capacità della rete di captare e trattenere (a lungo) informazioni personali di carattere granulare e normalmente non codificabili, aumentando il rischio di prassi discriminatorie.

Dunque, non siamo giunti al punto di caduta o di capitolazione del diritto del lavoro, ma vale la pena di riflettere sul suo futuro.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2010), *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in DLRI, 203 ss.
- Barbera M. (2016), *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, in A. Perulli (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 671 ss.
- Boudreau J. (2015), *We need to Move Beyond the Employee vs. Contractor Debate*, in *Harvard Business Review*, 8 luglio, in <http://hbr.org/2015/07/we-need-to-move-the-employee-vs.contractor-debate>.
- Bronzini G. (2016a), *L'Agenda europea sull'economia collaborativa. Much ado about nothing?*, in RIDL, in corso di pubblicazione.
- Bronzini G. (2016b), *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share economy*, in RIDL, III, 75 ss.
- Cacace N. (2016), *Futuro digitale senza diritti*, in *Newsletter Nuovi lavori*, 8.3.2016, n. 169.
- Cese (2014), *Parere sul tema Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo*, in *GU Ue*, 11 giugno.
- Codagnone C. et al. (2016), *The future of Work in the «Sharing Economy». Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation?*, JRC Science for Policy Report EUR.
- Daubler W. (2016), *Challenges to Labour Law*, in A. Perulli (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 485 ss.
- Degrise C. (2016), *Impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, in *W.P.Etui*, 2016, n. 2, 1 ss.
- Donini A. (2016), *Il lavoro su piattaforme digitale «prende forma» tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 164 ss.
- Drahokoupil J., Fabo B. (2016), *The platform economy and the disruption of the employment relationship*, *Etui Policy Brief*, n. 5, 1 ss.

- Eu-Osha (2015), *The Future of Work and Robotics*.
- Eu-Osha (2016), *A review on the future of work: online labour exchanges or crowdsourcing*, in *Position Paper*, 18 febbraio.
- Eurofound (2015), *New forms of Employment*, Luxembourg.
- Huws U. (2015), *Online Labour exchanges or crowdsourcing: implications for occupational safety and health*, in <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/seminar/focal-points-seminar-review-articles-future-work>.
- Jolly C., Prouet E. (2016), *L'avenir du travail: quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, 2016.04, in www.strategie.gouv.fr.
- Labella E. (2015), *Tutela della microimpresa e «terzo contratto»*, in *Europa e diritto privato*, n. 4, 857 ss.
- Mettling M.B. (2015), *Transformation numérique et vie au travail*, settembre 2015.
- Nicita S. (2015), *I mille volti della condivisione. Ma è (davvero) tutto sharing?*, in *Questianni. Domande digitali in cerca di regole*, www.antonionicita.it.
- Rafnsdóttir G.L. (2014), *Time, space and gender, Cost Dynamics of virtual work, gender perspectives in the analysis of virtual work*, Barcelona 10-12 novembre 2014, in <http://dynamicsofvirtualwork.com/wp-content/uploads/72014/11/Rafnsdottir-small.pdf>.
- Risi E, Armano E. (2014), *Introduzione. Traiettorie, forme e processi del lavoro emergente*, in *Sociologia del diritto*, n. 133, 1 ss.
- Smorto G. (2015a), *I contratti della sharing economy*, in *FI*, V, 221 ss.
- Smorto G. (2015b), *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 245 ss.
- Tourres C. (2016), *Un «conto personale di attività» per il lavoratore futuro: il caso francese*, in L. Casano et al. (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura. Una tappa verso lo «Statuto dei lavoratori» di Marco Biagi?*, Adapt University Press, 95 ss.
- Tullini P. (2015), *C'è lavoro sul web?*, in *Labour & Law Issues*, vol. I, n. 1, 1 ss.
- Valenduc G., Vendramin P. (2016), *Le travail dans l'économie digitale: continuités et ruptures*, in *W.P. Etui* 2016.03, 1 ss.
- Wef (2016), *The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Global Challenge Insight Report, Geneva.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 657 ss.

ABSTRACT

L'Autrice propone una prima analisi della fenomenologia del lavoro emergente nell'economia digitale, distinguendo anzitutto il settore della sharing economy dall'impiego tramite piattaforma o crowdworking. Le opzioni relative all'inquadramento giuridico sono ancora aperte, mentre si delineano precise esigenze di protezione, mediante tecniche idonee, del lavoro discontinuo, frammentato e informale veicolato dalla rete.

L'analisi si conclude con un confronto tra le tecniche di tutela lavoristica e quelle previste dalla disciplina del rapporto di consumo. L'Autrice s'interroga infine sulla possibilità di sperimentare forme alternative di tutela, estendendo al lavoratore digitale alcune garanzie tipiche del consumatore-utente del web.

DIGITALISATION OF THE ECONOMY AND EMPLOYMENT FRAGMENTATION.

THE UNSTABLE, INFORMAL AND DISCONTINUOUS WORK: TRENDS AND PROPOSALS

The Author offers a preliminary analysis of the emerging work phenomenology in digital economy, first distinguishing the Sharing Economy Sector from the use by platform or crowdworking. Today the options are still open to frame legally and specifically protect, using appropriate techniques, all kinds of discontinuous, fragmented and informal work. The analysis concludes with a comparison between the methods of labour law protection and those provided for the consumer relationship discipline. The final question deals with the ability to experiment with alternative forms of protection, extending to digital worker some typical guarantees of the consumer-web user.

Alberto Mattei (*)

SCOMPOSIZIONE DELL'IMPRESA,
LAVORO ESTERNALIZZATO E INCLUSIONE SOCIALE:
AZIONI DELLA NEGOZIAZIONE COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Scomposizione dell'impresa nelle esternalizzazioni: tendenze e strumenti. — 3. Scomposizione della contrattazione collettiva nelle esternalizzazioni: strumenti e limiti. — 4. Tendenze contrattuali recenti e contrattazione «incentivata»: limiti e prospettive. — 5. Negoziazione collettiva territoriale a governo delle esternalizzazioni per l'inclusione sociale?

1. — *Premessa* — Nella più ampia disamina sul fenomeno delle «nuove povertà» – concetto di ampia portata, non facilmente racchiudibile in un'unica definizione –, in questo saggio si prende in considerazione il lavoro «esternalizzato» nell'ambito dei processi di scomposizione dell'impresa, rispetto al quale non è altrettanto agevole qualificare e distinguere fenomeni più tradizionali di esternalizzazione all'interno del mercato nazionale o verso i paesi terzi, rispetto ai fenomeni più globali di delocalizzazione (1).

In particolare, preliminarmente, ci si vuole interrogare sul cambiamento dell'impresa nel momento in cui si prende in esame la sua scomposizione all'interno delle catene produttive, analizzando, in un secondo momento, le più recenti tendenze della negoziazione collettiva, che si trova a governare i fenomeni di esternalizzazione, che coinvolgono la qualità stessa del lavoro (2), nello stretto collegamento tra lavoro povero, processi di segmentazione produttiva e necessità di inclusione sociale (3).

2. — *Scomposizione dell'impresa nelle esternalizzazioni: tendenze e strumenti* — Un primo dato da considerare è come sia cambiata l'impresa, a livello globale. A questo proposito, in un recente e dibattuto volume sulla «nuova geografia del lavoro», guardando primariamente l'evoluzione ol-

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Verona.

(1) Tullini 2011, 1329 ss.

(2) Sul ruolo delle parti sociali a presidio della qualità del lavoro, D'Onghia 2015, 49 ss.

(3) Classicamente Sassen 1991.

treoceano, ci si è soffermati sulla perdita di valore e di ruolo dei luoghi in cui si producono e «fabbricano fisicamente le cose», perdendone quindi gradualmente il rilievo, a favore di quelle città popolate da lavoratori interconnessi e creativi che «diventeranno le nuove fabbriche del futuro» (4).

Se si prende a riferimento tale prospettiva, nel ricondurla a un approccio giuridico, l'impresa come «corpo sociale organizzato per uno scopo unitario tecnico-produttivo», delineata dal codice civile italiano, entra, e non da oggi, in una logica di scomposizione, o comunque oggetto di ridefinizione.

Tuttavia, tale scomposizione non è da intendersi come incapacità di assumere un ruolo centrale nei contesti produttivi. Semmai a risultare inadeguata è l'idea di racchiudere l'impresa in una singola entità, dal momento che essa si inverte invece in una «serie frammentata e molteplice di entità», in chiave per lo più multidisciplinare, e quindi non solo nell'ottica del diritto del lavoro (5).

Il grado di scomposizione dell'impresa e i suoi «confini» (6) si allacciano, così, alla possibilità di inquadrare l'idea d'impresa non più in una logica conflittuale, ma postconflittuale e partecipativa, come «risorsa condivisa la cui sostenibilità dipende dalla partecipazione di più *constituencies* al suo governo» (7). Né per questo va tralasciato il fatto che proprio nei processi di esternalizzazione si annidano le logiche mercificanti del lavoro (8).

Non troppo distante da questa impostazione è chi legge, in un contesto di crisi economica che tocca non solo il mercato ma anche l'istituzione impresa, un necessario superamento della logica dello *shareholder approach*, al cui interno vi sono gli investitori finanziari dell'impresa, e dello *stakeholder approach*, ossia di chi investe risorse sia di tipo finanziario sia di tipo umano ma che ha tradizionalmente meno diritti degli *shareholders* (9).

In tal modo, si giunge a quell'approccio intermedio tra posizioni «tradizionaliste» e posizioni «celebrative» delle più recenti riforme del mercato del lavoro italiano, rispetto alle quali spicca una terza posizione che recupera la centralità dell'impresa, connessa però a processi di innovazione continua e legati allo sviluppo del capitale umano, in cui la responsabilità sociale dell'impresa si fa essa stessa oggetto sociale (10). Secondo tale impostazione, l'impresa in un meccanismo concorrenziale non è un valore di per

(4) Moretti 2013, 215.

(5) Barbera 2016, 4.

(6) Ichino 1999, 203 ss.

(7) Deakin 2012, 339, ripreso da Barbera 2016, 4 e 11-12.

(8) Scarpelli 1999, 321 ss.

(9) Grandori 2015, 11 e 58-59.

(10) Caruso 2016, 272 ss.

sé, ma lo diviene nella misura in cui si fa «pratica di innovazione, efficientizzazione e ammodernamento delle stesse istituzioni sociali» (11).

A livello di singolo rapporto di lavoro, i mutamenti di approccio rispetto all'idea d'impresa si accompagnano all'innovazione tecnologica: una delle due grandi trasformazioni che hanno avuto luogo nella seconda parte del secolo scorso, assieme alla globalizzazione (12).

Infatti, l'evoluzione delle imprese assume maggior rilievo nella capacità delle tecnologie di incidere profondamente sul rapporto di lavoro strettamente inteso (13), di concepire un'aspettativa di ubiquità del lavorare ovunque a scapito dei tempi di vita, di modificare la stessa organizzazione del lavoro dando maggior peso alla prestazione, alla versatilità, alla professionalità e al *problem solving* a sfavore della disciplina, della ripetitività, del rispetto delle direttive, fino alla, per quel che più rileva nella presente trattazione, concentrazione del lavoro umano nella produzione di servizi, tramite processi di esternalizzazione, in cui la tecnologia assume un rilievo dirimente ed è capace di penetrare «a ritmo costante le capacità e le potenzialità degli esseri umani» (14).

In questi termini, nel più ampio e rapido cambiamento delle organizzazioni produttive, l'esternalizzazione è lo strumento tecnico mediante il quale vengono adottate strategie organizzative imprenditoriali di frammentazione dell'organizzazione produttiva nella prospettiva del «comprare» piuttosto che del «fare» (15), o comunque, secondo una lettura recente, di frammentazione declinata nella logica della «modalità di produzione che contempla stabilmente l'esistenza di rapporti tra imprese diverse» (16).

In questa cornice, sul piano giuridico, nel corso degli ultimi decenni, si è potuto assistere a processi di frammentazione e riorganizzazione nella forma dell'integrazione di tipo societario o di imprese tra gruppi di società collegate fra loro, e integrazione di tipo contrattuale, intesa come reti contrattuali «idonee egualmente a dar vita a organizzazioni di tipo gerarchico, nelle quali una impresa principale [...] attraverso strumenti contrattuali diversificati, come i contratti di appalto o di somministrazione, ovvero di subfornitura può condizionare in modo penetrante la gestione dell'attività delle altre imprese che sono parti di quei contratti» (17).

(11) Caruso 2016, 276.

(12) Barbera 2009, 204.

(13) Nogler 2015, 339.

(14) Brynjolfsson, McAfee 2015, 243, ripreso da Nogler 2015, 339.

(15) Aimò, IZZI 2013, XIX.

(16) Romei 2016, 510.

(17) Carabelli 2009, 91-92; Scarpelli 2012, 1421 ss.

In particolare, su quest'ultimo versante, si è giunti a considerare tale integrazione, attuata per il tramite di appalti e subappalti, come il manifestarsi di quella «ricerca di una riduzione dei costi di produzione ottenuta grazie alla penalizzazione dei lavoratori dipendenti», a scapito della qualità del prodotto, senza che strumenti come il vincolo della responsabilità solidale (18) siano potuti e possano risultare utili per governare il fenomeno all'interno delle catene produttive (19).

3. — *Scomposizione della contrattazione collettiva nelle esternalizzazioni: strumenti e limiti* — Rispetto alle tematiche ora viste, si possono rilevare fattori che incidono in maniera significativa sulla contrattazione collettiva, sia da un punto di vista esterno, rispetto al governo del fenomeno, sia dal punto di vista interno, intendendola come capacità di intercettare i bisogni dei soggetti occupati nelle catene produttive in cui si compiono le operazioni di esternalizzazione.

È noto, innanzitutto, il contrasto delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori nei confronti delle operazioni di decentramento della produzione, tra cui l'appalto, visto come fattore disgregante della stessa forma della organizzazione del movimento sindacale e di esaurimento delle strategie di rivendicazione (20). In particolare, la contrattazione collettiva, nel corso degli anni, si è trovata a regolamentare tali processi, secondo un'impostazione di governo del fenomeno, attraverso l'introduzione di clausole e previsioni nella contrattazione collettiva, perseguendo i principi di parificazione dei trattamenti minimi ed equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti rispetto ai lavoratori dipendenti della realtà produttività presso cui operano i prestatori in appalto (21).

Infatti, se un primo approccio, risalente alla contrattazione collettiva nazionale degli anni settanta nel settore metalmeccanico (22), volta a introdurre clausole contenenti il divieto di affidare in appalto lavorazioni o servizi che facevano parte dell'originario ciclo produttivo (23), aveva caratterizzato l'ostilità dell'autonomia collettiva rispetto ai fenomeni di decentramento produttivo, successivamente tale avversione si è attenuata con

(18) Izzi 2014, 51 ss.

(19) Carabelli 2009, 105; Corazza 2004, 155 ss.

(20) Lambertucci 1999, 278, ripreso in Alvino 2014, 266.

(21) Lozito 2013, 60 ss.

(22) Lassandari 2001, 358 ss.

(23) Art. 27, Ccnl metalmeccanici 19 aprile 1973; sulla più recente normativa di riferimento a livello contrattuale (art. 9, Ccnl metalmeccanici 20 gennaio 2008) Izzi 2010, 270.

l'introduzione nella contrattazione di clausole di procedimentalizzazione e di clausole sociali di parificazione dei trattamenti in linea con la previsione legislativa ai sensi dell'art. 3, c. 1, della l. n. 1369/1960 (24), operante fino all'intervenuta abrogazione agli inizi degli anni duemila (art. 85, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 276/2003) (25).

L'obiettivo di tali pattuizioni è di rendere più semplice e agevole per l'organizzazione sindacale la propria azione di tutela in termini di negoziazione, poiché si cerca sia di concentrare il ciclo produttivo, sia, al contempo, di contrastare quel tipo di operazioni capaci di creare situazioni di lavoro sottotutelato (26).

Purtuttavia, dopo l'intervento legislativo del 2003, la contrattazione ha incentrato le proprie strategie verso regole e clausole collettive volte a introdurre tutele per i lavoratori in appalto prevedendo un «trattamento minimo normativo», non inferiore a quello spettante ai lavoratori dipendenti dell'azienda, previsto dalla normativa allora abrogata, che si estrinseca nelle garanzie del medesimo trattamento economico e normativo applicato dal committente, o una garanzia del trattamento economico complessivamente non inferiore a quello applicato dal committente.

Ciò nonostante, si tratta di previsioni che scontano un problema di effettività, in quanto non sottoscritte dall'appaltatore, seppur indirizzate a regolamentare la situazione in cui è coinvolto con i lavoratori in appalto (27).

Inoltre, non solo si sono previste intese collettive in corso di rapporto, ma la contrattazione collettiva include clausole volte a garantire la conservazione dell'occupazione per quei lavoratori impiegati in appalto alla fine dell'opera, così da permetterne l'assunzione e al contempo salvaguardarne l'occupazione, su cui si profilano le medesime questioni di giustiziabilità, laddove non vi sia l'applicazione del medesimo contratto collettivo applicato dall'imprenditore uscente rispetto all'impresa subentrante (28).

In particolare, stante l'assenza di disposizioni legislative specifiche volte a regolare la successione di contratti d'appalto (29), l'autonomia collettiva ha operato andando oltre l'equo trattamento dei lavoratori, cercando più

(24) Sulla *ratio* dell'art. 3, per tutti, Carinci M.T. 2000.

(25) Legislazione entro la quale operava il principio di identificazione tra figura di datore di lavoro e quella di effettivo utilizzatore della prestazione, e da cui ne discendeva il «sospetto» verso operazioni di scomposizione del ciclo produttivo: Romei 2016, 512-513. In precedenza, Mariucci 1979, 157 ss.

(26) Alvino 2014, 269; precedentemente, Alvino 2009, 76.

(27) Lozito 2013, 64.

(28) Alvino 2014, 288 ss.

(29) Brino 2013, 110 ss.

ampiamente di regolare, attraverso le cd. clausole sociali, «gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell'economia» (30).

Tale aspetto è ancora di più evidente nel caso degli appalti pubblici – settore caratterizzato dalla contaminazione tra obiettivi di apertura al mercato, preoccupazione di tutela della concorrenza fra impresa e obiettivi sociali (31) – dove si collegano finalità di regolazione della concorrenza tra imprese assieme a finalità di indirizzo dei comportamenti imprenditoriali verso obiettivi virtuosi e di eccellenza, e all'interno dei quali la clausola sociale sottrae ai meccanismi della concorrenza «alcuni terreni di confronto [...] e orientando la stessa a svilupparsi nella competizione su altri fattori» (32).

A tal proposito, sul piano legislativo, sono da tenere in considerazione le previsioni contenute nel recente Codice dei contratti pubblici, laddove sono previste clausole sociali (art. 30, c. 4, e art. 50, d.lgs. n. 50/16) che prevedono l'applicazione del contratto collettivo nazionale o territoriale per il settore o la zona in cui viene eseguito l'appalto: facendo diretto rinvio a una generica applicazione dei contratti collettivi di categoria e senza compiere una selezione dei singoli istituti da applicare da parte dell'impresa aggiudicataria (33), la nuova disciplina non fa però i conti con l'irrisolto problema interno della mancanza dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ponendosi potenzialmente in contrasto con il diritto giurisprudenziale dell'Unione europea (34).

Purtuttavia, nel corso degli anni, nel contesto nazionale la contrattazione collettiva ha definito clausole sociali, più propriamente a livello di contratto collettivo nazionale, dimostrandosi «creativa», anche a fronte di un'assenza a monte di riferimenti legislativi e/o contrattuali: da previsioni negoziali più *hard* che impongono vincoli rigorosi all'appaltatore subentrante mediante l'obbligo di assumere in tutto o in parte i lavoratori del precedente appaltatore, a previsioni che impongono l'obbligo di assunzioni sulla base di criteri condizionati al numero di lavoratori sulla base di alcuni criteri (ad esempio: professionalità), fino a previsioni più *soft*, meno

(30) Ghera 2001, 151, ripreso da Brino 2014, 126.

(31) Aimò 2007, 430.

(32) Scarpelli 2006, 758, ripreso da Brino 2014, 127.

(33) Pallini 2016, 537-538.

(34) In particolare con le note pronunce del *Laval Quartet* (*Viking*, 11.12.2007, C-438/05; *Laval*, 18.12.2007, C-341/05; *Ruffert*, 3.4.2008, C-346/06; *Commissione c. Lussemburgo*, 19.6.2008, C-319/06), ma anche della più recente e più attenta ai profili sociali *Sahkoalojen Ammattiliitto*, 12.2.2015, C-396/13, e *Regio Post* (17.11.2015, C-115/14); Corti 2016, 505 ss.

incisive sul piano del condizionamento delle scelte di impresa, in cui è previsto l'avvio di procedure di informazione e/o consultazione di tipo sindacale (35).

Nel loro insieme, tali previsioni scontano il limite territoriale della distanza tra sede regolativa e ambito oggetto di previsione normativa, rimanendo ferma quell'opinione per cui solo «la sede contrattuale periferica [può] fornire una “risposta” al decentramento produttivo» (36).

4. — *Tendenze contrattuali recenti e contrattazione «incentivata»: limiti e prospettive* — In proposito, venendo alle prassi di contrattazione odierne, valgano, a titolo esemplificativo, alcune intese recenti che si prendono in esame.

Infatti, vi sono accordi in cui, in sede di definizione dei capitolati di appalto, si fa espressa menzione del «rapporto di lavoro subordinato quale unica forma di rapporto instaurabile» e dell'applicazione del contratto collettivo nazionale di riferimento, oltre all'opera da parte del committente della vigilanza e del controllo (ad esempio: verifica del Durc delle aziende appaltatrici), a cui si aggiunge un procedura di confronto trilaterale tra azienda committente, azienda appaltatrice e organizzazione sindacale (37).

Un altro tipo d'intesa fa rientrare l'opera di esternalizzazione all'interno di quelle che vengono definite nel testo come «terziarizzazioni»: vi sono obblighi di informazione preventiva nei confronti delle organizzazioni sindacali da parte dell'azienda committente e obblighi di rispetto della legge e dei contratti collettivi nazionali «della categoria di riferimento», anche nel caso di ricorso a cooperative, con il divieto espresso di ricorso al subappalto (38).

Un'altra intesa, infine, anche per le ipotesi di cambio appalto, prevede l'obbligo di fornire all'azienda committente copia del Durc e la dichiarazione formale sia all'azienda sia alle rappresentanze sindacali dell'azienda committente dell'applicazione del regolare contratto collettivo nazionale di lavoro riferito al proprio settore merceologico, anche per le cooperative, assieme al rispetto delle norme previdenziali e antinfortunistiche, a cui si aggiunge la possibilità per il personale dell'aziende appaltatrici, previa

(35) Brino 2014, 131 ss.

(36) Lassandari 2001, 360.

(37) Arval Service Lease Italia Spa, Accordo del 2 dicembre 2015 sottoscritto da società Arval, Oo.Ss. Filmcams-Cgil e Fisascat-Cisl e Rsu/Rsa.

(38) Metro Italia Cash & Carry Spa, Accordo del 29 gennaio 2016 sottoscritto da società Metro Italia Cash & Carry Spa, Oo.Ss. Filmcams-Cgil nazionale, Fisascat-Cisl Nazionale, Uiltucs-Uil Nazionale, strutture territoriali delle Oo.Ss.

convenzione, di usufruire dei prezzi di favore presenti nell'azienda committente (39).

Un'altra intesa ancora, in maniera più organica, affronta il tema delle tutele dei lavoratori interessati negli appalti, per la quale la responsabilità solidale in materia di igiene e sicurezza del lavoro e previdenza sociale si accompagna all'obbligo, per le imprese della catena dell'appalto, di applicare uno dei contratti collettivi nazionali firmati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, come strumento di contrasto al *dumping* esercitato dai cosiddetti «contratti pirata», definendo un bacino di tutti i lavoratori operanti da almeno dodici mesi nelle ditte di appalto/subappalto uscenti, finalizzato all'inserimento nelle imprese subentranti; ed è prevista la costituzione di un gruppo di lavoro che segua i percorsi legislativi in corso in materia di appalti pubblici (40).

Nel loro complesso, le intese collettive considerate non mutano il *trend* consolidato presente nella contrattazione collettiva: il governo del fenomeno delle esternalizzazioni da parte dell'autonomia contrattuale si limita a cercare di tenere insieme la dimensione di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali, assieme all'indicazione degli obblighi di tenuta dei documenti e del rispetto delle norme contrattuali e legali di riferimento, che tuttavia sono sottoscritti tra azienda appaltante e rappresentanti sindacali della medesima, senza che quindi si possa incidere sostanzialmente sulle scelte operate dall'azienda appaltatrice.

In questa triangolazione, a cui ha cercato di sopperire l'istituto della responsabilità solidale, a sua volta oggetto di possibile verifica preventiva e procedurale da parte della contrattazione collettiva nazionale «regolarità complessiva degli appalti» (art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003) (41), la contrattazione stessa ha perso la sua tradizionale capacità coesiva, finendo col diventare un «elemento di competizione tra gli appaltatori, essendo un fattore determinante del costo del lavoro» (42).

Sul versante legislativo, occorre far presente, tuttavia, che a seguito di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (caso *EU Pilot*, n. 7622/15/Empl) il legislatore interno ha apportato una modifica al regime

(39) Ikea Italia Retail Srl, Accordo del 21 gennaio 2016 sottoscritto da Ikea, Oo.Ss. Filmcams-Cgil e Fisascat-Cisl, Uiltucs, Oo.Ss. competenti a livello territoriale e Rs/Rsa.

(40) Finmeccanica Spa, Accordo sottoscritto il 2 febbraio 2016 tra Finmeccanica, Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil nazionali e territoriali, unitamente a una delegazione di Rsu.

(41) Izzi 2014, 68 ss.

(42) Corazza 2004, 237 ss.

delle esternalizzazioni nel cambio di appalto disciplinato dalla medesima norma del 2003 (art. 29, c. 3, modificato dalla legge comunitaria n. 122 del 2016): venendo meno la rigida esclusione dell'applicabilità del trasferimento d'azienda al subentro di un nuovo appaltatore, sono ora previsti criteri volti a distinguere la successione di appalti e il trasferimento d'azienda o di parte di azienda, in particolare non comportando l'applicazione dell'art. 2112 c.c. quando il nuovo appaltatore subentrante è «dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto», e «ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa»: elementi che inevitabilmente, in sede operativa, saranno oggetto di valutazione caso per caso da parte della giurisprudenza.

La difficoltà che incontra l'autonomia collettiva nel governo di tali fenomeni deve fare i conti con una duplice tendenza più generale della contrattazione oggi; tendenza accresciuta nel corso degli anni della crisi: a livello nazionale, lo sfarinamento della contrattazione collettiva nazionale, che ha visto quasi il raddoppiarsi dei contratti collettivi, da 398 nel 2008 a 757 a marzo 2016 depositati nell'Archivio della contrattazione del Cnel (43), con ciò inevitabilmente innescando un problema di certezza del sistema contrattuale e ponendosi, quindi, un problema di riduzione e accorpamento (44), su più livelli, nazionale e decentrato, la diffusione di una contrattazione collettiva «pirata», verso la quale, di recente, il ministero del Lavoro si è espresso, con riguardo ai benefici riconosciuti per legge a favore di quelle aziende che devono essere rispettose «degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» ai sensi dell'art. 1, cc. 1175 e 1176, l. n. 296/2006 (45).

Il fenomeno della contrattazione collettiva pirata non è certamente nuovo ed è già stato affrontato in sede giurisprudenziale e di dottrina (46),

(43) Olini (2016, 419) il quale non esclude che la ricognizione possa presentare buchi (intese non presenti o arrivate tardi rispetto alla stipula nell'Archivio), o che si tratti di intese superate nella sostanza, scontando in ogni caso il limite di essere contratti «contati e non pesati».

(44) Guarriello 2016, 13.

(45) Interpello del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 24 marzo 2015, n. 8.

(46) Relativamente all'Accordo, ritenuto modello di tutti gli accordi pirata, sul lavoro conto terzi «*a façon*» sottoscritto tra l'Unione cristiana italiana commercio e turismo (Ucict) e la Confederazione italiana sindacati autonomi lavoratori (Cisal) del 26 agosto 1996, su cui Gottardi 1997, 21. In maniera analoga, risalente al maggio 1992, un Accordo relativo alle piccole imprese del turismo, Lassandari 1997, 261 ss.

ma a fronte dell'attuale apertura legislativa nei confronti della contrattazione collettiva «incentivata», per il tramite del riconoscimento della detassazione dei premi di risultato o di *welfare* aziendale negoziale ai sensi dell'art. 1, cc. 182 ss., l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), e successivo decreto ministeriale del 25 marzo 2016, si porranno in futuro una serie di questioni circa il possibile utilizzo di risorse pubbliche, tramite il meccanismo della tassazione agevolata per i premi di risultato e/o della completa esenzione fiscale per i *benefit* di *welfare* aziendale, a seguito della sottoscrizione di intese anche da parte di soggetti firmatari che non rispettano i canoni dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, fonte di riferimento per le predette intese (art. 1, c. 187, l. n. 208/2015), che, com'è noto, è una norma che riconosce il medesimo livello ai contratti nazionali e ai contratti decentrati, ma che lascia aperta la questione del riconoscimento dei soggetti firmatari, che possono rivelarsi anche rappresentanze minoritarie (47).

5. — *Negoziazione collettiva territoriale a governo delle esternalizzazioni per l'inclusione sociale?* — I più recenti monitoraggi della contrattazione censiscono una scarsa diffusione degli interventi regolativo-contrattuali in materia di esternalizzazioni, e in particolare di appalti, salvo la disciplina dell'informazione e consultazione della rappresentanza dei lavoratori in caso di appalti, ancorché tale tematica sia affrontata a più livelli, ossia nazionale, aziendale e finanche a livello di contrattazione territoriale (48).

Non sono presenti indagini che consentono di verificare a tutto campo l'utilizzo delle esternalizzazioni a livello nazionale, ma il ricorso a tali strumenti, da un monitoraggio consistente in un'indagine di campo (49), è recepito come ordinaria prassi di organizzazione aziendale, dal momento che l'esternalizzazione rappresenta uno strumento utile a perseguire determinate finalità produttive volte al risparmio dei costi, all'incremento dell'efficienza o al mantenimento di un adeguato livello di competitività, salvo comunque che il ricorso a tali pratiche, per di più a cavallo di una fase di crisi economico-finanziaria che ha investito profondamente e negativamente il tessuto delle imprese nazionali, e con particolar modo nei settori *labour intensive*, ha inciso sui costi del lavoro e sulle condizioni di tutela dei lavoratori (50).

In linea generale, è chiaro che il fenomeno avrà sempre una portata più pervasiva nel mutamento e nelle trasformazioni dell'impresa e, nella prospettiva dell'inclusione sociale, l'organizzazione sindacale si trova di fronte

(47) Apendosi dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 39 Cost. Zoppoli 2015b, 22.

(48) *La contrattazione collettiva in Italia. Il rapporto Adapt*, 2015, XXVI ss.

(49) Isfol 2012.

(50) Sul tema, Warhurst *et al.* 2012.

a un bivio: o continuare a «inseguire» il processo di esternalizzazione, tramite le procedure *soft* sopra riprese, oppure cercare di anticipare gli esiti ribaltando la strategia e operando nel territorio – contesto entro il quale avviene il decentramento produttivo – e riacquisendo una propria dimensione di negoziazione territoriale, sia essa bilaterale o trilaterale, di concerto con le istituzioni territoriali (51).

In questa direzione si muovono quelle letture volte a individuare nelle prassi negoziali territoriali (52), a livello anche trilaterale (53), le mobilitazioni a carattere volontaristico degli attori locali territoriali, che non ostacolano la competitività economica dell'azienda e del territorio ma la accompagnano per il tramite di una solida architettura istituzionale a sostegno dei processi che coinvolgono il lavoro e l'impresa, anche con riferimento alle esternalizzazioni (54).

In particolare, con riferimento agli appalti, nella dimensione territoriale, con specifico riguardo al settore agricolo del Sud Italia dove operano lavoratori immigrati, si registrano interventi che vanno oltre la dimensione negoziale, cercando di intervenire nei fenomeni più «patologici» dell'esternalizzazione, come il caso del caporalato nell'interposizione di manodopera.

Infatti, a fronte dell'abrogazione legislativa del reato di somministrazione fraudolenta (art. 28 del d.lgs. n. 276/03, ora abrogato dall'art. 55, d.lgs. n. 81/15), della più recente depenalizzazione in materia a opera del d.lgs. n. 8/16 e tenendo comunque conto della riscrittura del nuovo articolo del codice penale in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p., come riscritto dalla l. n. 199/16), che valorizza ora anche il ruolo della contrattazione territoriale e rende più stringenti le misure di rafforzamento di contrasto sul piano penalistico, si sono poste o si pongono le basi (55) per interventi più legati alla normativa premiale e agli strumenti di responsabilità sociale dell'impresa (56).

(51) Assieme ad altri attori del territorio come le istituzioni, il sistema bancario-credizio e industriale: Tullini 2011, 1338.

(52) Zoppoli 2015a, 13 ss.

(53) Regalia 2015, 97 ss.; Andreoni 2015, 31 ss.; Sateriale 2016.

(54) L'esperienza parmense ripresa da Burrioni, Ramella 2015, 54 ss.

(55) Da ultimo il «Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura» sottoscritto il 27 maggio 2016 dal ministero del Lavoro, dell'Interno e delle Politiche Agricole di intesa con cinque Regioni del Sud Italia e le parti sociali rappresentative nel settore agricolo assieme alle organizzazioni non governative.

(56) Oltre a un più efficace monitoraggio dei servizi ispettivi, al miglioramento dell'efficacia sanzionatoria degli istituti repressivi e nella previsione di canali privilegiati per la tutela giudiziale: De Martino *et al.* 2016, 347.

In questa cornice, il tema degli appalti si lega inscindibilmente ai fenomeni di tutela della legalità anche per realtà produttive non solo geograficamente localizzate nel Sud del paese: vanno in questa direzione i più recenti interventi a livello concertativo-istituzionale, volti a contrastare «ogni tentativo di infiltrazione nell'economia legale da parte della criminalità organizzata e la negazione di diritti fondamentali nel lavoro, agendo su appalti, anticorruzione e gestione dei beni sequestrati e confiscati», in Regioni del Centro-Nord del paese come l'Emilia Romagna, dove è stato sottoscritto un «Patto per il lavoro» tra molteplici attori territoriali, anche socio-economici (57).

Nel medesimo contesto territoriale regionale, è dello stesso tenore il Protocollo, in questo caso bilaterale, sulla «trasparenza negli appalti e la responsabilità sociale dell'impresa», sottoscritto dalle organizzazioni sindacali territoriali e singole realtà cooperative (58); o, ancora, accordi volti alla istituzione dell'osservatorio paritetico territoriale sugli appalti delle associazioni cooperative del territorio, sottoscritto dalle associazioni di rappresentanza del mondo cooperativo e dalle organizzazioni sindacali territoriali (59): tali testi sono indicativi di come la tematica delle esternalizzazioni, nel mondo delle realtà cooperative, si accompagni a un'azione di contrasto all'illegalità e al fenomeno delle cooperative spurie, attraverso il monitoraggio di indicatori sentinella (ad esempio: caporalato), o in ogni caso sotto la stretta sorveglianza delle autorità preposte.

La strumentazione adottata, tramite protocolli e accordi provenienti dalle negoziazioni territoriali di carattere trilaterale o bilaterale, si affianca a quella strumentazione, riconducibile alla *soft law*, che caratterizza le prassi della responsabilità sociale di impresa, di cui l'esternalizzazione rappresenta uno dei nodi (60), anche per i rapporti che legano le imprese, gli appaltatori e i subfornitori nelle catene produttive nazionali e non solo.

Rispetto alle considerazioni sin qui svolte, la responsabilità sociale di impresa non va ridotta a una mera tecnica di gestione delle risorse umane o dell'organizzazione, in quanto, sviluppandosi in una dimensione distinta rispetto al sistema giuridico, si interfaccia con l'ordinamento generale,

(57) Patto per il lavoro. Un nuovo sviluppo per una nuova coesione sociale sottoscritto da Regione Emilia Romagna, istituzioni locali, Università, Unioncamere, parti sociali datoriali e sindacali, forum del terzo settore, 20 luglio 2015.

(58) Protocollo sottoscritto tra Gruppo Gesin Progres e organizzazioni sindacali Cgil Parma, Cisl Parma e Piacenza e Uil Parma e Piacenza, 30 luglio 2015.

(59) Accordo tra Legacoop Emilia Ovest, Concooperative, Cgil Parma, Cisl Parma e Piacenza, Uil Parma e Piacenza, 18 maggio 2016.

(60) Gottardi 2006, 24.

non ponendosi al di fuori ma presupponendolo, e svolgendo pertanto un ruolo di rafforzamento e/o integrazione della prescrizione normativa (61), a maggior ragione laddove l'inclusione sociale del lavoro sottoprotetto deve fare i conti, oggi, con il rispetto della legalità.

Proprio in questa cornice, il nesso tra decentramento produttivo, visto nella più ampia cornice di cambiamento che investe l'impresa, e le tecniche di esternalizzazione, sempre più articolate e capaci di incidere profondamente sulla stessa opera di spiazamento dell'autonomia collettiva, può essere letto e colto solo laddove si guardi alla negoziazione collettiva territoriale, capace di intercettare i bisogni anche del lavoro povero (62), in un'ottica di inclusione sociale.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2012), *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia. Indagine sull'impatto del l'outsourcing sull'organizzazione aziendale, sulle relazioni industriali e sulle condizioni di tutela dei lavoratori*, Isfol, I libri del Fondo sociale europeo.
- Aa.Vv. (2015), *La contrattazione collettiva in Italia. Il rapporto Adapt*.
- Aimo M. (2007), *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, n. 3, 418 ss.
- Aimo M., Izzi D. (2014), *Decentramento produttivo ed esternalizzazioni nell'era dell'impresa a rete: note introduttive*, in Aimo M., Izzi D., *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da Biagi W. e diretta da Carinci F., Utet, Torino, XVII ss.
- Alvino I. (2009), *La disciplina collettiva dell'appalto e della somministrazione*, in Maresca A. (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi*, Franco Angeli, Milano, 69 ss.
- Alvino I. (2014), *Il lavoro nelle reti di impresa*, Giuffrè, Milano.
- Andreoni A. (2015), *Limiti e problemi della contrattazione territoriale*, in *QRS*, n. 2, 31 ss.
- Barbera M. (2009), *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *DLRI*, n. 126, 203 ss.
- Barbera M. (2016), *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 293.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Cedam, Padova, 109 ss.

(61) Perulli 2013, 45 ss.

(62) Sul punto, l'interessante prospettiva filosofica di chi privilegia una «dottrina della sufficienza» rispetto al ritenere primario l'obiettivo della riduzione della disuguaglianza economica: Frankfurt 2015.

- Brynjolfsson E., McAfee A. (2015), *La nuova rivoluzione delle macchine*, Feltrinelli, Milano.
- Burroni L., Ramella L. (2015), *Negoziare, regolare e promuovere lo sviluppo locale*, in *RGL*, n. 1, I, 49 ss.
- Carabelli U. (2009), *La responsabilità del datore nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *DRI*, n. 1, 91 ss.
- Carinci M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano.
- Caruso B. (2016), *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *DLRI*, n. 150, 2, 255 ss.
- Corazza L. (2004), *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- Corti M. (2016), *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, n. 151, 505 ss.
- D'Onghia M. (2015), *La declinazione della qualità del lavoro nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Economia e società regionale*, n. 1, 38 ss.
- De Martino C. et al. (2016), *Immigrazione, caporalato e lavoro nero in agricoltura*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 341 ss.
- Deakin S. (2012), *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise*, in *Queen's Law Journal*, n. 37, 339 ss.
- Frankfurt H.G. (2015), *Sulla disuguaglianza*, Guanda, Milano.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DLRI*, n. 2, 133 ss.
- Gottardi D. (1997), *Significato ed anomalia di un contratto*, in *LI*, n. 5, 50 ss.
- Gottardi D. (2006), *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in *LD*, n. 1, 5 ss.
- Grandori A. (2015), *Dieci tesi sull'impresa*, Il Mulino, Bologna.
- Guarriello F. (2016), *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, in *DLRI*, n. 149, 3 ss..
- Ichino P. (1999), *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, n. 2-3, 203 ss.
- Izzi D. (2010), *Commento sub art. 9*, in Garofalo M.G., Roccella M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici*, Cacucci, Bari, 269 ss.
- Izzi D. (2014), *Appalti e responsabilità solidale*, in Aimo M., Izzi D. *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da Biagi W. e diretta da Carinci F., Utet, Torino, 51 ss.
- Lambertucci P. (1999), *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *DLRI*, n. 82-83, 277 ss.
- Lassandari A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi per la medesima categoria*, in *LD*, n. 2, 261 ss.
- Lassandari A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele nel lavoro degli appalti privati*, Cacucci, Bari.

- Mariucci L. (1979), *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano.
- Mengoni L. (1990), *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *DLRI*, n. 45, 5 ss.
- Moretti E. (2013), *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano.
- Nogler L. (2015), *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, n. 147, 337 ss.
- Olini G. (2016), *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, n. 151, 417 ss.
- Pallini M. (2016), *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, n. 151, 525 ss.
- Perulli A. (2013), *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in Perulli A. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, il Mulino, Bologna, 13 ss.
- Regalia I. (2015), *Oltre la contrattazione di secondo livello. Note sulla concertazione a livello locale*, in *RGL*, n. 1, I, 97 ss.
- Romei R. (2016), *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam - Wolter Kluwer Italia, Padova, 507 ss.
- Sassen S. (1991), *The global city: New York, London, Tokyo*, Princeton University Press, Princeton (trad. it., *Le città globali: New York, Londra, Tokyo*, Utet, Torino, 1997).
- Sateriale G. (2016), *Come il welfare crea lavoro*, LiberEtà, Roma.
- Scarpelli F. (1999), *«Esterneizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 3, 351 ss.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, I, 753 ss.
- Scarpelli F. (2012), *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in Broglio M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, VI, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani M., Carinci F., Cedam, Padova, 1421 ss.
- Tullini P. (2011), *De-localizzazioni industriali e tutela dell'occupazione. Qualche riflessione*, in *Lavoro, Istituzioni e cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. III, Jovene, Napoli, 1329 ss.
- Vallauri M.L. (2003), *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *DDPComm.*, Torino, 2003, 726 ss.
- Zoppoli L. (2015a), *Prospettive e proposte per nuove relazioni sindacali a livello territoriale*, in *QRS*, n. 1, 13 ss.
- Zoppoli L. (2015b), *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 284.
- Warhurst C. et al. (a cura di) (2012), *Are bad jobs inevitable? Trends, determinants and responses to job quality in the twenty-first century*, Houndmills, Palgrave Macmillan.

ABSTRACT

L'articolo analizza il fenomeno della scomposizione dell'impresa nei processi di esternalizzazione del lavoro. In particolare, partendo dal grado di mutamento dell'impresa nel contesto di crisi economica attuale, si prendono a riferimento gli interventi della negoziazione collettiva a livello bilaterale e trilaterale.

THE CHANGING OF ENTERPRISE, OUTSOURCING AND SOCIAL INCLUSION:
COLLECTIVE BARGAINING ACTIVITIES

The article analyzes the phenomenon of the changing enterprise in the outsourcing process. It underlines, in particular, the actions of collective bargaining at the bilateral and trilateral level, starting from the degree of change in the company's current economic crisis.

Natalia Paci (*)

DISOCCUPAZIONE E STRUMENTI
DI SOSTEGNO DEL REDDITO NEL *JOBS ACT*:
QUALE RAPPORTO TRA BISOGNO E TUTELA,
SOPRATTUTTO DEI LAVORATORI NON STANDARD?

SOMMARIO: 1. Cenni sull'evoluzione normativa in materia di ammortizzatori sociali in Italia: dalla tutela dell'occupazione alla *flexicurity* all'italiana. — 2. La Nاسpi: lo strumento di sostegno unico ma non ancora universale. — 3. La Dis.Coll.: ancora una tutela separata (e minore) per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa. — 4. L'assegno di disoccupazione Asdi: la tutela assistenziale nuova e necessaria, ma ancora troppo residuale e selettiva. — 5. Riflessioni conclusive in vista della legge delega per il contrasto alla povertà.

1. — *Cenni sull'evoluzione normativa in materia di ammortizzatori sociali in Italia: dalla tutela dell'occupazione alla flexicurity all'italiana* — Per giudicare le novità introdotte dal *Jobs Act* in tema di strumenti di sostegno del reddito, occorre considerare, innanzitutto, che la riforma si inserisce in un quadro europeo caratterizzato, ormai da vent'anni, dalla progressiva riduzione delle politiche di *welfare* a favore di quelle di *workfare*, dal passaggio dalla tutela dell'occupazione a quella dell'occupabilità, dallo spostamento delle tutele dal rapporto di lavoro al mercato, nella logica della cd. *flexicurity* (1). In secondo luogo, è necessario altresì ripercorrere, seppure per sommi capi, l'evoluzione della legislazione italiana in materia che si è a lungo discostata, rispetto al contesto europeo, essendosi concentrata soprattutto sulla tutela dell'occupazione e sulla tutela categoriale, invece che universale, della disoccupazione. Nel nostro paese, infatti, si è sviluppato a dismisura l'istituto della cassa integrazione guadagni – riservato, tuttavia, solo ad alcuni settori occupazionali (negli anni progressivamente aumentati, ma in modo frammentato ed emergenziale con l'uso e abuso degli interventi in deroga) –, mentre l'unico trattamento a vocazione universale, l'indennità di disoccupazione ordinaria, è stato misero (circa 800 lire a giornata) per un tempo lunghissimo e, per questo, definito più simbolico che

(*) Professore a contratto di Diritto del lavoro presso l'Università di Urbino «Carlo Bo».

(1) Cfr. Zoppoli 2012, e, da ultimo, Gottardi 2016.

sostanziale (2). Mentre l'altro strumento a sostegno del reddito in caso di disoccupazione, l'indennità di mobilità, riservato ai soli lavoratori standard della grande e media impresa industriale, è sempre stato decisamente più generoso in termini di ammontare (80% della retribuzione) e di durata (fino addirittura a quattro o cinque anni per certe fasce di età sopra i 50 anni e certi territori ad alto tasso di disoccupazione, come il Sud) rispetto a quanto previsto per l'indennità di disoccupazione di durata massima di 6 mesi e di importo molto basso, visto che solo nel 2001 venne alzato al 40% della retribuzione (3) e solo nel 2006 (con l'art. 1, comma 1167, l. n. 296/2006) raggiunse la percentuale non irrisoria del 50%. Senza considerare, poi, i lavoratori atipici (subordinati a termine, apprendisti) o parasubordinati, rimasti a lungo senza nessuna tutela, neanche minimale (4).

In altri termini, a fronte del medesimo stato di bisogno (disoccupazione involontaria), la tutela non era uguale per tutti, ma dipendeva dalla categoria di appartenenza, dal territorio di appartenenza, dal tipo di contratto di lavoro, determinando quindi un'ingiusta disegualianza tra coloro che godevano di una forte e lunga protezione (lavoratori dipendenti da imprese industriali medio grandi), coloro che godevano di una protezione debole (lavoratori dipendenti da piccole imprese, lavoratori stagionali agricoli e 78isti, rientranti nella disoccupazione cd. a requisiti ridotti) e, infine, coloro che ne erano totalmente sprovvisti (disoccupati al termine del trattamento previdenziale, lavoratori *part-time*, e quindi anche quelli a prestazioni ripartite, a chiamata, apprendisti, e poi tutti i lavoratori non standard cd. economicamente dipendenti, e infine gli inoccupati) (5). Tutto ciò, peraltro, strideva sempre più con le intervenute riforme del mercato del lavoro, che con il pacchetto Treu del 1997 (legge n. 196/1997) e poi, soprattutto, con la riforma Biagi del 2003 aumentarono le tipologie contrattuali a termine, temporanee e a progetto, determinando un ulteriore allargamento della forbice tra bisogno e tutela.

Si reclamava, quindi, una riforma degli ammortizzatori sociali che rendesse il nostro *welfare* meno diseguale, categoriale e iniquo. Seguirono proposte, disegni di legge e leggi deleghe, ma la prima organica riforma si realizzò con la legge n. 92/2012 (cd. riforma Fornero), che, rimodellando l'art. 18 dello St. lav., doveva necessariamente contemperare tale prospettiva di licenziamenti «più facili» con una rafforzata tutela in caso di disoccupazione.

(2) Miscione 2007.

(3) Paci 2001a; Paci 2001b.

(4) Paci 2006; Bozzao 2003.

(5) Paci 2006; Paci 2007.

Con la riforma Fornero si è in parte migliorata la tutela: infatti, oltre ad aver alzato al 75% il tasso di sostituzione dell'Aspi (Assicurazione sociale per l'impiego), cioè la nuova indennità di disoccupazione, se ne è anche ampliato l'ambito di applicazione comprendendovi finalmente i lavoratori a termine e gli apprendisti; inoltre è stato stabilizzato il trattamento (seppur minimo e *una tantum*) per i lavoratori parasubordinati a progetto, introdotto in via sperimentale negli anni precedenti (con la legge n. 2/2009).

Tuttavia, mancava ancora un'effettiva universalità, restando escluso dal sistema il cd. precariato spinto in una condizione di fragilità ed emarginazione sociale (6), e riservando ai parasubordinati un intervento separato e inadeguato (7). Mancava, infine, il pilastro assistenziale, presente invece in tutti gli altri paesi europei (eccetto la Grecia) (8).

Venendo ai giorni nostri e al recente *Jobs Act*, ci si chiede se con tale ultima riforma si siano date risposte alle citate decennali esigenze: se i nuovi strumenti di sostegno del reddito in caso di disoccupazione (introdotti con il d.lgs. n. 22/2015) siano finalmente universali, se prevedano tutele maggiori e più aderenti ai bisogni degli attuali lavoratori disoccupati, soprattutto quelli discontinui e non *standard* e, infine, se vi siano adeguate forme di sostegno del reddito per i disoccupati con minore anzianità contributiva, visto l'elevatissimo tasso di disoccupazione giovanile.

2. — *La Naspi: lo strumento di sostegno unico ma non ancora universale* — Quando si parla di *Jobs Act*, si fa riferimento alla legge delega n. 183/2014 e, in materia di strumenti di sostegno del reddito in caso di disoccupazione, al relativo decreto delegato attuativo: il d.lgs. n. 22/2015 (9). I principi e criteri direttivi della delega si possono riassumere nelle seguenti quattro direttrici: *in primis*, rimodulare gli strumenti di disoccupazione eliminando la distinzione tra trattamenti ordinari e brevi e prevedendo un collegamento con la storia contributiva del lavoratore disoccupato; esten-

(6) Cinelli 2012; Cinelli 2013.

(7) Cfr., senza pretesa di esaustività, Cinelli 2013; Giubboni 2013; Bozzao 2013; Renga 2013; Emiliani 2013.

(8) Paci 2014.

(9) Gli otto decreti delegati attuativi della delega sono in materia di riforma degli ammortizzatori sociali (d.lgs. n. 22/2015 e d.lgs. n. 148/2015), dei servizi per il lavoro e le politiche attive (d.lgs. n. 150/2015), nonché in materia di licenziamento/contratto a tutele crescenti (d.lgs. n. 23/2015), di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro (d.lgs. n. 81/2015) e dell'attività ispettiva (d.lgs. n. 149/2015), di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro (d.lgs. n. 80/2015) e, infine, in materia di semplificazione degli adempimenti a carico di cittadini e imprese (d.lgs. n. 151/2015).

dere la tutela sia da un punto di vista soggettivo, riducendo i requisiti di accesso e aprendola anche alle co.co.co., che in senso oggettivo, introducendo (sebbene in via sperimentale) una tutela assistenziale per i disoccupati in situazione economica di bisogno; potenziare, infine, i meccanismi di attivazione e di condizionalità (10).

La nuova assicurazione sociale per l'impiego, Naspi, introdotta a decorrere dal 1° maggio 2015, va a sostituire le precedenti Aspi e miniAspi previste dalla riforma Fornero, in coerenza con il criterio direttivo della delega di uniformare le tutele, eliminando la distinzione tra trattamenti ordinari e brevi. La nuova indennità si applica, come già l'Aspi, a tutti «i lavoratori dipendenti con esclusione dei dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni» e «degli operai agricoli a tempo determinato o indeterminato» (quest'ultimi destinatari della disoccupazione agricola). Restano esclusi, come prima, anche i lavoratori con *part-time* verticale, consolidando il criticato (11) orientamento della Cassazione (Cass. n. 1732/2003, S.U.) secondo il quale in tali casi viene meno la necessaria involontarietà della disoccupazione (12).

All'interno del citato ambito di applicazione, i lavoratori, per poter beneficiare dell'indennità, devono soddisfare anche (e congiuntamente) i seguenti requisiti: devono, innanzitutto, aver perduto la propria occupazione involontariamente; devono essere in stato di disoccupazione (ai sensi del d.lgs. n. 181/2000) e quindi aver effettuato la relativa dichiarazione di immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa; devono far valere, nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno tredici settimane di contribuzione; devono far valere trenta giornate di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione. A seguito dell'unificazione dei due trattamenti, quindi, si sono dovuti necessariamente abbassare i requisiti contributivi di accesso (prima erano richiesti almeno due anni di assicurazione e almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione), eliminando il requisito assicurativo biennale e abbassando il requisito contributivo a 13 settimane (prima previsto solo per la miniAspi).

(10) Nel presente lavoro non ci si potrà occupare di tale ultimo aspetto, per quanto molto rilevante, per ragioni di sintesi.

(11) Liso 2014.

(12) Ma tale orientamento potrebbe ora cambiare con un'interpretazione estensiva della norma (art. 9, comma 3) che prevede il diritto alla conservazione del trattamento in misura ridotta nel caso del lavoratore con due o più lavori *part-time* che ne perda uno.

Con tale novità si è determinato un indubbio ampliamento dell'ambito di accesso al beneficio.

Come visto, anche la Naspi, come tutti i precedenti trattamenti di disoccupazione (almeno quelli ordinari a requisiti pieni), presuppone che si sia persa la propria occupazione involontariamente, quindi è riconosciuta solo ai lavoratori che siano stati licenziati o che abbiano rassegnato le dimissioni esclusivamente per giusta causa e nei soli casi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro intervenuta nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 604/1966 (13). Si conferma, quindi, la scelta non condivisibile di interpretare l'involontarietà richiesta dal legislatore come involontarietà anche della causa della disoccupazione e non solo del successivo stato di infruttuosa ricerca di lavoro.

Anche la Naspi, come l'Aspi, è calcolata sulla base della retribuzione imponibile ai fini previdenziali; tuttavia, a differenza della prima, la nuova indennità è rapportata alla retribuzione mensile di riferimento non più degli ultimi due, ma «degli ultimi quattro anni divisa per il numero di settimane di contribuzione e moltiplicata per il numero 4,33» (art. 4, comma 1). In termini di generosità del tasso di sostituzione, l'ammontare dell'indennità non si discosta da quanto previsto per l'Aspi, in quanto è sempre pari al 75% della retribuzione mensile nei casi in cui la retribuzione mensile sia pari o inferiore all'importo di 1.195 euro. Nei casi in cui la retribuzione mensile sia superiore al predetto importo, l'indennità sarà pari al 75% del predetto importo (cioè 896,25 euro) incrementato di una somma pari al 25% della differenza tra la retribuzione mensile e il predetto importo.

Tuttavia, il massimale è stato invece notevolmente alzato rispetto al passato (quello del 2015 riferito all'Aspi era di 1167,91 euro) (14), ed è ora di 1300 euro. L'aumento era opportuno in quanto l'Italia ha sempre avuto i massimali tra i più bassi d'Europa che finivano per vanificare l'aumento del tasso di sostituzione (15). Tuttavia, con la Naspi è stato introdotto un massimale alla contribuzione figurativa, con la conseguenza che la maggior parte dei beneficiari (16) accumulerebbe in 6 mesi di disoccupazione una contribuzione figurativa inferiore a quella a cui avrebbe avuto diritto prima del-

(13) Non si è invece risolta la disuguaglianza segnalata (da Bonardi 2012) già in merito alla riforma Fornero che vede escluse le ipotesi di risoluzione consensuale non rientranti nella procedura *ex art. 7, l. n. 604/1966* (e relativi limiti dimensionali). Disparità aggravata dal d.lgs. n. 23/2015, che esclude i neoassunti con contratto a tutele crescenti della fruizione di tale procedura di risoluzione consensuale.

(14) Cfr. circ. Inps n. 19/2015.

(15) Paci 2007.

(16) Ben l'83,6%, secondo lo studio di Raitano, Treves (2015).

la riforma. Tale previsione danneggia in particolar modo quei lavoratori, come i discontinui, che più hanno bisogno di tale contribuzione per non rimanere eccessivamente scoperti da un punto di vista previdenziale.

Infine, riprendendo opportunamente quanto previsto in origine solo per l'indennità di mobilità e poi esteso, già dalla riforma Fornero, all'Aspi, si prevede la possibilità del disoccupato di chiedere la «liquidazione anticipata, in unica soluzione, dell'importo complessivo del trattamento che gli spetta [...] a titolo di incentivo all'avvio di un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale o per la sottoscrizione di una quota di capitale sociale di una cooperativa» (l'art. 8, comma 1). Purtroppo tale previsione, come ha chiarito la circolare Inps n. 94/2015, non viene estesa anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Tra le misure volte a incentivare l'attivazione del disoccupato beneficiario di ammortizzatori sociali, è previsto che, a partire dal quarto mese di fruizione, «la Naspi si riduce del 3% ogni mese» (art. 4, comma 3). Nella disciplina previgente, relativa all'Aspi, la riduzione era, invece, del 15% dopo i primi 6 mesi e di un ulteriore 15% dopo i primi 12 mesi. Quindi con la Naspi la riduzione inizia prima ed è più graduale ma, come è stato dimostrato (17), in tal modo si determina in molti casi (secondo lo studio citato, nel 54,2% dei casi, se la durata della disoccupazione è di 6 mesi) una diminuzione dell'importo che sarebbe spettato con l'Aspi, e tale perdita sarebbe più diffusa fra i dipendenti a tempo determinato.

Ma la novità più importante riguarda la durata del trattamento: mentre prima la durata era fissa (a regime: 12 mesi, 18 per gli *over 55*), la Naspi, in adempimento del principio previsto nella legge delega di collegarne la durata alla «storia contributiva dei lavoratori», è: «corrisposta mensilmente, per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni». In altri termini, la durata può arrivare fino a un massimo di due anni, per i lavoratori che sono stati sempre occupati nei quattro anni precedenti. La novella, quindi, migliora la generosità del trattamento per i contribuenti forti, ma la peggiora per i lavoratori con storie contributive discontinue o brevi. Inoltre, lo stesso articolo precisa che «ai fini del calcolo della durata non sono computati i periodi contributivi che hanno già dato luogo a erogazione delle prestazioni di disoccupazione». Tale ultima previsione può determinare, soprattutto per i lavoratori stagionali e discontinui, «sostanziali decurtazioni o addirittura annullamenti della durata dell'indennità e, dunque, anche danni reddituali e perdite previdenziali» (18).

(17) Raitano, Treves 2015, 51.

(18) *Ivi*, 48.

Considerato che l'utilizzo di contratti a termine o temporanei è stato notevolmente liberalizzato dallo stesso *Jobs Act* (19), considerato altresì che la stabilità del rapporto di lavoro è stata indebolita anche per i nuovi contratti a tempo indeterminato (incongruamente chiamati «a tutele crescenti») (20), si può presumere che le carriere discontinue e brevi saranno quelle predominanti (21); appare, quindi, che l'obiettivo del legislatore fosse principalmente quello di un risparmio di spesa, piuttosto che di un effettivo incremento delle tutele. Si è infatti parlato di diversi «criteri di distribuzione delle risorse disponibili» (22), sottolineando che se, da un lato, si è facilitato l'accesso anche ai lavoratori discontinui abbassando il minimo contributivo a 13 settimane e raddoppiando il periodo di riferimento entro il quale maturare la contribuzione richiesta (da 2 a 4 anni), si è, dall'altro lato, compensato tale ampliamento con una durata e importo, in molti casi, meno generosi. Ma a tale condivisibile osservazione va aggiunto che si sceglie di aumentare la generosità per i soggetti forti, a discapito di quelli più bisognosi.

Da tale pur sintetica disamina, emerge che restano tuttora esclusi dalla tutela gli inoccupati, i disoccupati non involontari (perché, ad esempio, si sono dimessi o hanno un *part-time* verticale) e quelli che non raggiungono i requisiti contributivi minimi o che hanno esaurito il diritto alla Naspi per averne già usufruito in passato. Ma, soprattutto, emerge che tra i disoccupati che possono accedere alla Naspi, quelli che provengono da lavori precari, con anzianità contributive ridotte, con carriere discontinue e frammentate, riceveranno un sostegno del reddito meno generoso di importo, più breve di durata e con minore contribuzione figurativa. Ci si allontana, in tal modo, da un *welfare* collegato al bisogno e si rafforza, invece, la logica assicurativa a scapito di quella solidaristica (23), penalizzando i lavoratori più deboli, *in primis* giovani e donne, cioè proprio quelli che ne avrebbero più bisogno.

3. — *La Dis.Coll.: ancora una tutela separata (e minore) per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa* — La tutela in caso

(19) Inizialmente con il d.l. n. 34/2014 e poi con il d.lgs. n. 81/2015.

(20) Novità da attribuire sempre al *Jobs Act* con il d.lgs. n. 23/2015.

(21) Nel 2015 è sceso il ricorso al contratto a tempo indeterminato dall'86,4 all'85,4%, mentre è salito dal 13,6 al 14,6% quello a termine, soprattutto per i giovani *under 25*, per i quali la quota di assunzioni a termine sfiora il 60% del totale, come emerge dalla ricerca di Cirillo *et al.* (2016).

(22) Ravelli 2015.

(23) Renga 2015.

di disoccupazione dei collaboratori coordinati e continuativi è stata un problema crescente negli anni, di pari passo con l'aumento di tali tipologie di lavoro. Tuttavia, non si è mai trovata una soluzione in grado di offrire una tutela adeguata a questi lavoratori. I precedenti tentativi, con la legge n. 2/2009 e poi con la riforma Fornero, che ha introdotto l'indennità *una tantum* per i lavoratori a progetto (art. 2, commi 51 e 56, l. n. 92/2012), hanno avuto scarsa efficacia sia per i requisiti di accesso eccessivamente stringenti che per l'esiguità dell'importo, erogato in un'unica soluzione e nell'anno successivo a quello della disoccupazione, non riuscendo, pertanto, a rispondere alle esigenze di tutela di tali lavoratori.

Col d.lgs. n. 22/2015, all'art. 15, si introduce, in via sperimentale, una prestazione di tutela del reddito denominata Dis.Coll. e riconosciuta ai collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, iscritti in via esclusiva alla gestione separata Inps (24) che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione. Per poter beneficiare della Dis.Coll. i disoccupati devono presentare congiuntamente i seguenti requisiti: essere in stato di disoccupazione; avere almeno tre mesi di contribuzione (nella gestione separata Inps) nel periodo che va dal primo gennaio dell'anno solare precedente l'evento di cessazione dal lavoro al predetto evento; avere almeno un mese di contribuzione, nell'anno solare in cui si verifica l'evento di cessazione dal lavoro (25), oppure un rapporto di collaborazione di durata pari almeno a un mese e che abbia dato luogo a un reddito almeno pari alla metà dell'importo che dà diritto all'accredito di un mese di contribuzione (1.295,66 euro).

Quindi, a differenza dei precedenti trattamenti *una tantum*, qui si tratta di un trattamento mensile erogato nell'anno in cui si verifica la disoccupazione (e non più quindi nell'anno successivo). Pur non avendo esteso la Naspi anche ai collaboratori, come sembrava attendersi dalla legge delega, e avendo quindi scelto, ancora, uno strumento separato, vi sono comunque molti tratti comuni tra Naspi e Dis.Coll.: stessa base di calcolo (reddito imponibile a fini previdenziali) per l'indennità (sebbene sia stato abbreviato il periodo di riferimento); stesso tasso di sostituzione; stesso massimale di 1.300 euro, annualmente rivalutato; stessa decurtazione mensile del 3% dell'importo a partire dal quarto mese di fruizione; stessa determinazione della durata, seppure qui nel limite massimo di 6 mesi; stessa involontarietà della disoccupazione (sono infatti escluse le ipotesi di recesso del collaboratore e occorre la dichiarazione di immediata disponibilità allo

(24) Sono esclusi, quindi, i lavoratori iscritti contemporaneamente ad altre casse o gestioni, i pensionati, i lavoratori autonomi con partita Iva, amministratori e sindaci.

(25) Cfr. circ. Inps n. 83/2015.

svolgimento di attività lavorativa) e applicazione anche alla Dis.Coll. del principio di condizionalità.

La Dis.Coll. presenta quindi un ampliamento della tutela, sebbene, la portata innovativa e migliorativa va ridimensionata per vari aspetti. Innanzitutto, la durata è notevolmente inferiore rispetto a quella prevista per la Naspi, in quanto il tetto massimo è di soli 6 mesi invece che 24. In secondo luogo, per i parasubordinati l'accredito contributivo non scatta automaticamente per ogni periodo lavorato, ma solo se si supera un certo importo (di circa 1.300 euro per il 2014); pertanto, come è stato giustamente osservato, considerate la variabilità e la scarsa entità dei compensi dei parasubordinati, il superamento dei requisiti previdenziali di accesso «potrebbe rivelarsi arduo per molti di questi lavoratori» (26).

In terzo luogo, la contribuzione figurativa, riconosciuta (sebbene con un massimale) a chi percepisce la Naspi, non è prevista per i beneficiari della Dis.Coll., con evidente disparità di trattamento tra lavoratori subordinati e parasubordinati, in contrasto, come è stato osservato, con la stessa legge delega che, invece, prevedeva «l'universalizzazione del campo di applicazione dell'Aspi, con estensione ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa», e l'introduzione, senza distinguere tra soggetti beneficiari, di massimali alla contribuzione figurativa (27). Mentre i collaboratori sono tra i lavoratori che più ne avrebbero bisogno, essendo lavoratori discontinui e quindi necessitando della contribuzione figurativa per non rimanere eccessivamente scoperti da un punto di vista previdenziale. Infine, in analogia con la Naspi, anche la Dis.Coll. è rapportata al requisito reddituale/contributivo, penalizzando i lavoratori più discontinui e bisognosi. Anche in questo caso, in conclusione, si registra un'incongruente distanza tra bisogno e tutela.

4. — *L'assegno di disoccupazione Asdi: la tutela assistenziale nuova e necessaria, ma ancora troppo residuale e selettiva* — A decorrere dal 1° maggio 2015 è istituito (in via sperimentale inizialmente solo per l'anno 2015, poi prorogato per il triennio 2015-2017) l'Assegno di disoccupazione (di seguito, Asdi), che costituisce una prestazione di natura assistenziale di sostegno del reddito in caso di disoccupazione (una volta terminato il trattamento Naspi) e di condizione economica di bisogno. Si tratta del primo intervento assistenziale, cioè finanziato dalla fiscalità generale, in caso di disoccupazione che conosca il nostro ordinamento: era quindi una lacuna

(26) Raitano, Treves 2015, 55.

(27) Ravelli 2015.

che attendeva di essere colmata da molti anni, visto che l'Italia e la Grecia erano gli unici paesi europei che non prevedevano questa forma di sostegno del reddito. L'Asdi è erogato mensilmente per una durata massima di sei mesi ed è pari al 75% dell'ultima Naspi percepita e, comunque, in misura non superiore all'ammontare dell'assegno sociale.

Per poterne beneficiare il disoccupato deve aver già beneficiato della Naspi per la sua durata massima ed essere ancora in stato di disoccupazione, e deve aver sottoscritto un progetto personalizzato finalizzato alla ricerca attiva di lavoro proposto dai centri per l'impiego.

Il decreto interministeriale del 29 ottobre 2015 ha precisato i soggetti beneficiari e i criteri di priorità per accedere al beneficio, che prevedono, innanzitutto, l'appartenenza a un nucleo familiare in cui sia presente almeno un minorenni o un disoccupato di età pari o superiore a 55 anni (che, ovviamente, non abbia ancora maturato i requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato); il possesso, in secondo luogo, di un'attestazione dell'Isee pari o inferiore a 5.000 euro; infine, il beneficio si perde o è soggetto a limitazione in caso di precedente fruizione.

L'Inps riconosce il beneficio in base all'ordine cronologico di presentazione delle domande e nel limite delle risorse stanziare. Infatti, in ogni caso, esaurite le risorse del Fondo a ciò deputato il sostegno economico non potrà essere erogato. La perdita del diritto determinata dall'esaurimento dei fondi appare discutibile in quanto rende il beneficio scollegato dalla situazione di bisogno, in contrasto con il principio costituzionale di solidarietà e di assistenza (artt. 3 e 38 Cost.).

In definitiva, la nuova disciplina dell'Asdi, pur essendo meritoria, resta comunque un timido tentativo di colmare una lacuna che non poteva più essere ignorata e che, tuttavia, non può dirsi davvero colmata con tale intervento. Innanzitutto perché si tratta di una misura sperimentale introdotta e finanziata solo per il triennio 2015-2017; in secondo luogo perché consiste in uno strumento che non ha un'applicazione universale ma è invece riservato a una ristretta platea di beneficiari selezionati: solo i percettori di Naspis che, in più, si trovano in una condizione economica di bisogno «estremo» (visti i valori molto bassi di Isee richiesti) e, soprattutto, concesso solo nei limiti dei fondi stanziati, escludendo, in tal modo, *ab origine* soggetti che ne avrebbero astrattamente diritto.

Si tratta, in definitiva, di una misura molto criticata (28) in quanto determina una disparità di trattamento tra soggetti che, pur versando nella

(28) Saraceno 2015; Trivellato 2015a; Trivellato 2015b; Ravelli 2015; Renga 2015; Liso 2014.

stessa condizione contributiva, economica e di bisogno, non possono ugualmente accedere al beneficio.

In conclusione si evidenzia la contraddizione di uno strumento di natura assistenziale, finanziato dalla fiscalità generale e che, quindi, dovrebbe essere ispirato al principio di solidarietà (29), che, invece di avere un'applicazione universale, come sarebbe naturale, è soggetto a un criterio molto selettivo, rischiando una guerra tra poveri (30).

5. — *Riflessioni conclusive in vista della legge delega per il contrasto alla povertà* — Il *Jobs Act* si inserisce nella filosofia, di matrice europea, della *flexicurity* e, da tale punto di vista, si pone in continuità con la riforma Fornero. Tuttavia, occorre sottolineare come l'impegno del legislatore sia ancora troppo sbilanciato verso l'aumento della flessibilità e invece troppo timido sul versante della sicurezza sociale. Anche con tale ultimo intervento normativo, infatti, si agisce con grande forza nell'aumentare la flessibilità in entrata (confermando e rafforzando le tipologie di lavoro a termine e atipico) e in uscita (con il passaggio al contratto a tutele crescenti), senza d'altro canto aumentare con la stessa intensità la tutela in caso di disoccupazione, anzi, in certi casi riducendola proprio per quei lavoratori a termine, discontinui e, in generale, non standard per i quali si reclama da anni maggiore protezione.

La nuova disciplina della Naspi, come visto (cfr. par. 2), non differisce rispetto all'Aspi, in particolare per quanto riguarda i soggetti destinatari e la misura del trattamento, quanto piuttosto per aver introdotto un inedito collegamento con i contributi versati, che finiscono per penalizzare proprio i lavoratori più deboli, con carriere discontinue o non standard, i giovani, le donne: in definitiva coloro che ne avrebbero maggiormente bisogno.

La Dis.Coll., come visto (cfr. par. 3), oltre a essere una misura sperimentale, consiste ancora in una tutela separata e debole in termini di misura e durata, non in grado di rispondere alle effettive esigenze dei collaboratori, finendo per penalizzare, anche in questo caso, i lavoratori più fragili e bisognosi.

Né tutto ciò può essere compensato dall'introduzione dell'Asdi, in quanto, come visto (cfr. par. 4), oltre a essere una misura sperimentale, è collegata a valori Isee e condizioni familiari eccessivamente stringenti e, soprattutto, è comunque condizionata alla disponibilità di risorse.

(29) Liso 2014; sul principio di solidarietà nelle sue diverse accezioni, cfr. Giubboni 2012.

(30) Renga 2015.

In altri termini, col *Jobs Act* si investono meno risorse proprio per i soggetti che ne avrebbero più bisogno, mostrando che il vero obiettivo, a conti fatti, è, piuttosto che un ampliamento delle tutele, il contenimento della spesa pubblica (31).

In conclusione, non si è ancora fatto il salto verso l'effettiva universalizzazione delle tutele, ma, anzi, si è introdotta un'impostazione «meritocratica», inconfidente in materia di disoccupazione «involontaria», che ci allontana dal *welfare* solidaristico collegato, invece, al bisogno, come previsto dalla Costituzione.

Il nostro *welfare* resta uno dei peggiori d'Europa (32), scollegato dalle effettive esigenze ed emergenze. Nel periodo storico con il più alto tasso di disoccupazione giovanile (il tasso di disoccupazione dei giovani ha raggiunto nel 2014 il 42,7%, 41,2% di disoccupazione giovanile a 31 marzo 2015, fonte Istat), la riforma va a penalizzare proprio i disoccupati con storie contributive più brevi e discontinue, cioè proprio i giovani e le donne, per i quali occorrerebbe, invece, introdurre una tutela *ad hoc*, come in altri paesi europei (33).

La scarsità di risorse e i vincoli di bilancio sono l'argomento col quale si rimandano *ad libitum* tali riforme, come l'introduzione di un reddito minimo, sebbene spesso si tratti di una precisa scelta politica. Come è stato notato, ad esempio, in Francia il *Revenue de solidarité active*, che eroga 524 euro per persona singola e 1100 euro per una coppia con 2 figli, costa meno di 10 miliardi di euro all'anno: si tratta di una cifra analoga a quella disposta dal Governo italiano per finanziare gli 80 euro in busta paga ai lavoratori dipendenti (34); si tratta di una cifra analoga a quella disposta per incentivare con generosi sgravi contributivi i contratti a tutele crescenti fasulli (35) (trattandosi di assunzioni a tempo indeterminato solo per beneficiare degli incentivi; rivelandosi poi, grazie al licenziamento «facile», rapporti di lavoro sostanzialmente a termine).

Abbiamo un diritto del lavoro e un *welfare* tutto sbilanciato verso i lavoratori più anziani (36), per i quali esiste da anni un reddito minimo garantito (la pensione sociale, ora assegno sociale, riservato agli ultra ses-

(31) Campanella, Paci 2016.

(32) De Marzo 2016.

(33) In Danimarca, ad esempio, «basta la qualifica di laureato per accedere a un assegno settimanale di 3.390 corone (454 euro) per un totale di due anni e alla condizione di dimostrare la ricerca di un'occupazione»: Magnani 2016.

(34) Giannelli 2016, 148.

(35) Alleva 2016.

(36) Gragnoli 2014.

santacinquenni), e che trascura del tutto i giovani, oggi in condizioni drammatiche, come emerge dal Rapporto Istat 2016: i giovani del nostro paese sono tra i più discriminati del continente, sono tra quelli che «pagano gli effetti più pesanti della crisi», come ha dichiarato presidente dell'Istat Alleva nel presentare il Rapporto annuale 2016.

Occorre invece una legislazione di sostegno per i giovani che, ad esempio, trasformi in norme precettive quella solidarietà generazionale che finora ha caratterizzato in modo informale il nostro *welfare* familiare. Volendo usare un po' di fantasia, si può trarre qualche spunto dalla recentissima sentenza della Corte costituzionale (n. 173/2016), che ha dichiarato la legittimità costituzionale del contributo di solidarietà sulle pensioni d'oro a favore anche dei cd. esodati. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 486, della legge n. 147/2013 nella parte in cui ha previsto il cd. contributo di solidarietà per il triennio 2014-2016 sulle pensioni di importo più elevato, ha dichiarato infondate tutte le questioni di incostituzionalità sollevate. Tale pronuncia si discosta da quella precedente (Corte cost. n. 316/2013) proprio in nome del principio di solidarietà previdenziale, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione, in quanto il nuovo contributo non ha natura tributaria ma previdenziale, per finalità solidaristiche. Tale sentenza apre la strada a una legge che, per le medesime ragioni di solidarietà, preveda un contributo di solidarietà intergenerazionale a favore, invece, dei giovani in difficoltà. In conclusione, parafrasando le motivazioni della sentenza e adattandole al caso: si ritiene che si possa superare l'emergenza giovanile, con un prelievo di solidarietà generazionale imposto dalla crisi contingente e grave che vede uno straordinario tasso di disoccupazione della fascia di età 15-34 anni, volto a sostenere il reddito di quei giovani inoccupati, disoccupati e sottooccupati che non riescano ad accedere ad adeguati strumenti di sostegno del reddito a causa dell'attuale stringente collegamento con i requisiti contributivi (vedi la Naspi e la Dis.Coll.), familiari ed economici (vedi l'Asdi).

Al di là di tale proposta, che potrebbe avere un'applicazione meramente temporanea per uscire dall'emergenza, resta la necessità dell'introduzione di un reddito minimo (37) che, in Italia, ha finora conosciuto solo delle sperimentazioni (come il reddito minimo di inserimento di cui al d.l. n. 237/1998) o delle traduzioni molto riduttive (si pensi alla Carta di acqui-

(37) Cfr. Busilacchi 2013; Ciarini 2013; sul reddito di cittadinanza cfr., per tutti, Bronzini 2011 e, da ultimo, Allegri, Bronzini 2015.

sti introdotta col decreto legge n. 112/2008) o limitate a un frammentato e discrezionale ambito regionale (38).

Recentemente, con il decreto interministeriale del 26 maggio 2016 si è prevista l'estensione a tutto il territorio nazionale del Sia (Sostegno per l'inclusione attiva), già sperimentato in grandi città, in attesa che, in autunno, venga approvata la legge delega per il contrasto alla povertà che prevede, invece, l'introduzione del cd. reddito di inclusione. Sospendendo il giudizio in attesa di conoscerne la definitiva disciplina (che comunque si saluta positivamente), ci si permette, tuttavia, un certo disincanto, considerato che, come è emerso dal presente lavoro, la riforma degli strumenti di sostegno del reddito contenuta nel *Jobs Act* ci allontana da un *welfare* collegato al bisogno, come invece imporrebbe la nostra Carta costituzionale, grazie all'inedito e inopportuno approccio «meritocratico», volto principalmente a realizzare un risparmio di spesa, piuttosto che un reale allargamento delle tutele.

Il disincanto si trasforma in scetticismo se si considera, infine, che nel disegno di legge delega si prevede che l'introduzione del reddito di inclusione comporterà la parallela «razionalizzazione delle prestazioni di natura assistenziale, nonché di altre prestazioni anche di natura previdenziale» (art. 1, comma 1, lett. *b*), da cui si prevede di ricavare «eventuali economie per la finanza pubblica» (art. 1, comma 3, lett. *c*).

In effetti, per il reddito di inclusione si sono stanziati «briciole» (600 milioni di euro per il primo anno e 1 miliardo per il secondo: il 2017), se si pensa che le persone povere o a rischio povertà sono oltre 12 milioni (39).

Riferimenti bibliografici

- Allegri G., Bronzini G. (2015), *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act*, Derive Approdi.
- Alleva P. (2016), *Il grande bluff con il trucco*, editoriale de *Il Manifesto*, 2 agosto 2016.
- Bonardi O. (2012), *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in Fezzi M., Scarpelli F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I Quaderni di wikilabour, in www.wikilabour.it.
- Bozzao P. (2003), *Dal «lavoro» alla «laboriosità», nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 535 ss.
- Bozzao P. (2013), *L'Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi)*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, in M. Cinelli *et al.* (a cura di), Giappichelli, Torino, 427 ss.

(38) Giubileo 2013.

(39) Bin, Report n. 22/2016.

- Bronzini G. (2011), *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Gruppo Abele, Torino.
- Busilacchi G. (2013), *Welfare e diritto al reddito. Le politiche di reddito minimo nell'Europa a 27*, Franco Angeli, Milano.
- Campanella P., Paci N. (2015), *Le implicazioni del Jobs Act sul mercato e i rapporti di lavoro*, in *RPS*, n. 4, 55 ss.
- Ciarini A. (2013), *Il lavoro e il welfare nell'Europa in crisi. Spunti di riflessione per il caso italiano*, in *Prisma. Economia Società Lavoro*, n. 1, 132-145.
- Cinelli M. (2012), in *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro. A proposito degli artt. 2-4, della legge n. 92/2012*, in *RDSS*, 227 ss.
- Cinelli M. (2013), *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 393.
- Cirillo V. et al. (2015), *La precarizzazione del lavoro e gli effetti del Jobs Act*, in *RPS*, n. 4, 75 ss.
- De Marzo G. (2016), *Italia: uno dei peggiori welfare d'Europa*, in www.libera.it.
- Emiliani S.P. (2013), *L'indennità di disoccupazione per i collaboratori*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 454 ss.
- Giannelli N. (2015), *Il reddito minimo come strumento di intervento su disegualianza, povertà, frammentazione del mercato del lavoro*, in *RPS*, n. 4, 137 ss.
- Gragnoles E. (2014), *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *RGL*, I, 679 ss.
- Giubboni S. (2012), *Solidarietà*, in *PD*, n. 4, 525 ss.
- Giubboni S. (2013), *La Mini-Aspi*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 446 ss.
- Giubileo F. (2013), *Qualche ragionamento sul reddito minimo: teoria, sperimentazione e problemi dello strumento*, in *RDSS*, n. 2, 337 ss.
- Gottardi D. (2015), *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in *LD*, n. 2, 239 ss.
- Liso F. (2014), *Gli ammortizzatori: un cantiere sempre aperto*, in *RDSS*, 457 ss.
- Magnani A. (2016), *Né lavoro, né studio: ecco perché si diventa inattivi prima dei 30 anni*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 2016.
- Miscione M. (2007), *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *DLRI*, 695 ss.
- Paci N. (2001a), *D.l. 24 novembre 2000, n. 346: l'aumento dell'indennità di disoccupazione*, in *LG*, n. 1, 9.
- Paci N. (2001b), *L'indennità di disoccupazione: il punto della situazione*, in *LG*, 326 ss.
- Paci N. (2006), *La tutela dei disoccupati e le politiche di workfare*, in *RGL*, n. 4, I, 819 ss.
- Paci N. (2007), *Ambito di applicazione della tutela contro la disoccupazione e prospettive di riforma*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Venezia 25-26 maggio 2007, Palazzo Ducale, Giuffrè, Milano, 2008, 360 ss.
- Paci N. (2013), *La condizionalità* (cap. XXXIV), in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 582 ss.

- Paci N. (2014), *La crisi del lavoro. Deregolamentazione e disuguaglianze*, in Comito V. et al. (2014), *Un paese in bilico. L'Italia tra crisi del lavoro e vincoli dell'euro*, Ediesse, Roma, 169-217.
- Persiani M. (2013), *Crisi economica e crisi del welfare State*, in *DLRI*, 641 ss.
- Raitano M., Treves C. (2014), *L'introduzione della Naspi: estensione delle tutele e criticità*, in *RPS*, n. 4, 43 ss.
- Ravelli F. (2015), *Jobs Act e trattamenti di disoccupazione*, in *DLRI*, n. 147, 497 ss.
- Renga S. (2013), *Vecchi ammortizzatori sociali a prova di riforma*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 543 ss.
- Renga S. (2015), *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 77 ss.
- Saraceno C. (2015), *La povertà continua a non essere in agenda*, in *www.lavoce.info*.
- Trivellato U. (2015a), *Ammortizzatori sociali: cosa va bene e cosa no*, in *www.lavoce.info*.
- Trivellato U. (2015b), *Perché puntare sul reddito di inclusione sociale*, in *www.lavoce.info*.
- Zoppoli L. (2012), *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 141.

ABSTRACT

L'Autrice, dopo aver ripercorso sinteticamente l'evoluzione normativa in materia di ammortizzatori sociali in Italia, analizza in dettaglio le novità introdotte dal Jobs Act in tema di strumenti di sostegno del reddito in caso di disoccupazione, dimostrando che non si è ancora realizzata un'effettiva universalizzazione delle tutele ma, anzi, si è ampliata la distanza tra bisogno e tutela, soprattutto per i lavoratori non standard. L'Autrice conclude sottolineando come la riforma premia i contribuenti forti mentre penalizza i soggetti che invece avrebbero maggiormente bisogno di sostegno, ribadendo l'urgenza di introdurre interventi più efficaci, soprattutto per i giovani.

UNEMPLOYMENT AND INCOME-SUPPORT TOOLS IN THE JOBS ACT: WHAT IS THE RELATION BETWEEN NEEDS AND PROTECTION, ESPECIALLY IN REGARDS TO NON-STANDARD WORKERS?

The Author briefly presents the evolution of legislation on social welfare in Italy, then analyzes in detail the innovations introduced by the Italian Jobs Act, in terms of income support in case of unemployment, demonstrating that it has not yet created a real universalization of protection; instead the distance between needs and protection has increased, especially in regards to non-standard workers. The Author concludes by emphasizing that the reform rewards workers with a permanent contract and penalizes those subjects with the greatest need for support, stressing the need for more effective interventions urgently, especially for young people.

Lorenzo Giasanti (*)

TUTELA DEL LAVORATORE E IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO A TERMINE NEL D.LGS. N. 81/2015

SOMMARIO: 1. I riferimenti all'art. 6, l. n. 604/1966. — 2. I problemi creati con gli interventi del 2011 e del 2012. — 3. Le modifiche contenute nell'art. 28, d.lgs. n. 81/2015. — 4. I possibili rimedi di diritto interno. — 5. I possibili rimedi nell'ambito del diritto dell'Unione europea.

Il recente decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (1), nell'ambito di una sistemazione organica delle fattispecie contrattuali non standard, ha provveduto a regolamentare il contratto a tempo determinato agli articoli da 19 a 29, riscrivendone in parte la precedente disciplina secondo i principi contenuti nel cd. decreto Poletti (2); primo atto della complessiva riforma operata nel 2015 dal cd. *Jobs Act* (3). Approfittando di tale revisione normativa, il legislatore ha altresì deciso di inserire nel medesimo *corpus* normativo anche quelle regole relative al termine di decadenza in materia di contratto a termine che erano state introdotte per la prima volta con l'art. 32 della legge n. 183/2010, riformulandone però in parte il contenuto. Secondo l'art. 28 del d.lgs. n. 81/2015, «l'impugnazione del contratto a tempo determinato deve avvenire, con le modalità previste dal comma 1 dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, entro centoventi giorni dalla cessazione del singolo contratto. Trova altresì applicazione il comma 2 del suddetto articolo 6».

1. — *I riferimenti all'art. 6, l. n. 604/1966* — Il legislatore, dunque, ribadisce la volontà di sottoporre a un termine di decadenza la possibilità di im-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano «Bicocca».

(1) Su cui v. tra i primi commentatori Curzio 2016; Tiraboschi 2016; Zilio Grandi, Biasi 2016; Ghera, Garofalo 2015; Magnani 2015.

(2) D.l. 20 marzo 2014, n. 34, conv. in l. 16 maggio 2014, n. 78.

(3) Come è noto il nome della riforma imperniata intorno alla legge delega n. 183/2014 e a 8 decreti delegati si ispira a un acronimo derivante da una legge Usa (*Jumpstart Our Business Startups Act*) del 2012, che prevedeva misure tese a facilitare le possibilità di finanziamento delle piccole imprese statunitensi.

pugnare un contratto a tempo determinato, secondo il modello dell'impugnazione dell'atto di licenziamento disciplinato dall'art. 6, l. n. 604/1966, che, successivamente alle modifiche introdotte dalla l. n. 183/2010, prevede un doppio termine decadenziale: un primo termine correlato a un qualunque atto di impugnazione anche stragiudiziale, e un secondo termine specificamente connesso al deposito del ricorso giudiziale. Le modifiche operate dalla l. n. 183/2010 hanno esteso, come è noto, il regime decadenziale inizialmente previsto per l'impugnazione dell'atto di licenziamento a diverse ipotesi, tra cui l'azione di nullità del termine apposto al contratto (4). Anche con le modifiche del 2015 per il contratto a tempo determinato il primo termine non è quello di 60 giorni stabilito direttamente dall'art. 6 per l'impugnazione del licenziamento, ma rimane quello di 120 giorni, introdotto nel 2012 dalla legge Fornero. Il secondo termine da rispettare con il deposito del ricorso giudiziale (5) è invece, anche per il contratto a termine, quello di 180 giorni previsto, dopo il 2012, dal comma 2 dell'art. 6.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte l'art. 6, come si è andato strutturando con gli ultimi interventi di riforma, «costituisce una fattispecie a formazione progressiva, soggetta a due distinti e successivi termini decadenziali, rispetto alla quale risulta indifferente il momento perfezionativo dell'atto di impugnativa vero e proprio» (6). Il che comporta che, pur senza essere messa in dubbio la natura di atto unilaterale recettizio dell'atto di impugnazione, il primo termine di decadenza può essere considerato rispettato non con la conoscenza dell'impugnazione da parte del datore di lavoro, ma con la trasmissione dell'atto di impugnazione (7): momento da cui comincerebbe a decorrere il secondo termine decadenziale entro cui è necessario attivare la fase giudiziaria (8).

(4) Si ricordi peraltro che il fatto che l'art. 32, l. n. 183/2010, abbia esteso il nuovo regime delle decadenze a tutti i contratti a termine, compresi quelli già scaduti alla data di entrata in vigore della legge, non è stato ritenuto foriero di problemi di costituzionalità dalla Corte costituzionale, che ha considerato infondate le relative questioni (C. cost. 6.6.2014, n. 155, in *FI*, 2014, n. 10, I, 2633; C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *OGI*, n. 2, 2012, 205).

(5) Ovvero con la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato secondo quanto previsto dagli artt. 410 ss. del codice di rito.

(6) Cass. 7.10.2015, n. 20068, in *MGC*, 2015. Vi è, peraltro, chi ha ritenuto i due termini decadenziali inscindibilmente legati fra loro facenti parte di una «fattispecie unica, a struttura complessa e a formazione progressiva» (T. Napoli 20.3.2014, inedita a quanto consta).

(7) Cass. 7.10.2015, n. 20068, in *MGC*, 2015. *Contra*, T. Napoli 11.8.2015, in *ilgiuslavorista.it*, 2015, che ritiene invece debba conteggiarsi dal momento della conoscenza del destinatario dell'atto di impugnazione stragiudiziale.

(8) Cass. 7.10.2015, n. 20068, in *MGC*, 2015; Cass. 20.3.2015, n. 5717, in *FI*, 2015, n. 6, I, 1967; T. Taranto 3.10.2015, in *ilgiuslavorista.it*, 2016.

Quello di considerare il secondo termine decadenziale un termine «mobile», il cui *dies a quo* decorre dal momento della trasmissione dell'atto di impugnazione stragiudiziale, sembrerebbe essere il punto di arrivo di un approccio interpretativo che non appare però unanime. E infatti la lettera del comma 2 dell'art. 6, secondo cui «l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 180 giorni, dal deposito del ricorso», ha fatto emergere, fin dall'introduzione nel 2010 del doppio termine decadenziale, più di una posizione sul punto.

All'approccio interpretativo avallato dai giudici di legittimità per cui il secondo termine andrebbe conteggiato dal momento dell'effettiva impugnazione (9), che fa leva soprattutto sull'esplicito riferimento contenuto nel comma 2 al vocabolo «impugnazione» e con le esigenze di tutelare l'interesse del datore di evitare una situazione di incertezza, se ne contrappone un altro ai sensi del quale il secondo termine di decadenza andrebbe conteggiato dalla scadenza del primo termine, che andrebbe quindi calcolato per intero (10). Si tratta di un approccio interpretativo che, pur minoritario (11), fa leva sulla necessità di avere tempi certi per la proposizione del ricorso e che sembrava essere stato fatto proprio anche dal giudice delle leggi. Infatti, secondo il giudice costituzionale, che si trovava a valutare proprio le novità introdotte alla disciplina del contratto a tempo determinato, la legge n. 183/2010 ha introdotto «un termine di complessivi trentotrenta giorni per l'esercizio, a pena di decadenza, dell'azione di accertamento della nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, fissandone la decorrenza dalla data di scadenza del medesimo» (12). La Corte costituzionale si riferiva al termine di 60 giorni (diventato di 120 giorni dopo le modifiche del 2012) per l'impugnazione anche stragiudiziale del contratto a termine ritenuto nullo e di 270 giorni (180 dopo le modifiche del 2012) per il deposito del ricorso, suggerendo di calcolarli complessivamente, sommandoli interamente a prescindere dal momento dell'impugnazione.

2. — *I problemi creati con gli interventi del 2011 e del 2012* — Non si tratta però dell'unico caso in cui una formulazione non proprio cristallina delle novità introdotte in materia di decadenza ha creato più di qualche questione sul termine di decadenza applicabile al contratto a tempo deter-

(9) In dottrina cfr. Visonà, Perina 2014, 460.

(10) T. Teramo 23.7.2014, in *Redazione Giuffrè*, 2015; C. App. Catanzaro 30.5.2014, in *csdnroma.it*.

(11) Cfr. in dottrina Bollani 2012, 310.

(12) C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *OGL*, n. 2, 2012, 205.

minato. I problemi interpretativi sono sorti già in relazione ai provvedimenti che, in momenti diversi, sono intervenuti per modificare l'art. 32 della l. n. 183/2010.

La vicenda del decreto cd. Milleproroghe 2011 è quella più nota. L'art. 2, comma 54, d.l. 29.12.2010, n. 225, convertito in l. 26.2.2011, n. 10, aveva prorogato al 31.12.2011 l'impatto delle disposizioni in materia di decadenza introdotte dall'art. 32, l. n. 183/2010. Si trattava del tentativo di rispondere alle critiche emerse successivamente all'ampliamento a opera della l. n. 183/2010 delle fattispecie contrattuali soggette al termine di decadenza previsto fino a quel momento soltanto per l'impugnazione del licenziamento. Ma la modalità con cui tale proroga è stata disposta – l'introduzione di un comma 1-*bis* all'art. 32 che prorogava «in sede di prima applicazione» le disposizioni di cui «al comma 1» dell'art. 6, l. n. 604/66, «relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento» – ha creato più di un problema interpretativo, che ha generato un notevole contenzioso soprattutto in materia di contratto a tempo determinato (13).

Il contrasto ha riguardato fin da subito lo stesso ambito di applicazione della norma. E infatti sul piano strettamente letterale il comma 1-*bis* dell'art. 32 poteva dare l'impressione di applicarsi soltanto all'impugnazione del licenziamento (14), non estendersi al secondo termine di decadenza contenuto nel comma 2 dell'art. 6 (15) e non avere un effetto sanante rispetto alle posizioni per cui fosse già decorso il termine di decadenza introdotto dalla l. n. 183/2010 (16). Si tratta di interpretazioni che hanno certamente tenuto conto della necessità di utilizzare un approccio tendenzialmente restrittivo in materia di decadenza, ma che hanno posto numerosi interrogativi di carattere sostanziale, in relazione al fatto che la ragione stessa dell'intervento del legislatore con il decreto Milleproroghe era proprio quella di rendere meno traumatico il passaggio a un sistema che con ampia estensione del regime di decadenza ha «investito una materia particolarmente delicata e per molti aspetti connessa a valori di rilevanza costituzionale (il diritto d'azione, il diritto al lavoro e alla stabilità del rapporto ecc.) e [che], di conseguenza, non sia tollerabile l'introduzione di un regime di decadenze che renda eccessivamente difficile la tutela dei diritti connessi a tali valori» (17).

(13) Cfr. Nicolini 2014.

(14) In questo senso T. Milano 29.9.2011, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 3.

(15) Così C. App. Genova 22.11.2013, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 814.

(16) Questa è la posizione di T. Milano 23.2.2011, in *RCDL*, 2012, n. 1, 283.

(17) Scarpelli 2011.

L'approccio interpretativo che si è andato consolidando, dapprima nella giurisprudenza di merito (18) e successivamente in quella di legittimità (19), fino alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite (20), ha condivisibilmente preferito una lettura estensiva dell'ambito applicativo del decreto Milleproroghe, ritenendo che la proroga dovesse avere un'applicazione generalizzata a tutte le fattispecie contrattuali a cui l'art. 32, l. n. 183/2010, ha esteso il regime di decadenza dell'art. 6, l. n. 604/1966, che potesse avere efficacia retroattiva col riconoscimento di una vera e propria remissione in termini e che la norma dovesse trovare applicazione in relazione tanto al termine di decadenza previsto nel comma 1, quanto a quello contemplato nel comma 2 dell'art. 6. Nelle motivazioni di tale, ormai maggioritario, orientamento si sottolinea come debba essere tenuto innanzitutto conto della «*ratio legis* di attenuare, in chiave costituzionalmente orientata, le conseguenze legate all'introduzione *ex novo* del suddetto e ristretto termine di decadenza» (21) per optare per un approccio interpretativo il più possibile estensivo.

Ma anche le modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 hanno creato qualche problema, anche se tale questione non ha avuto ampio riscontro nelle decisioni giurisprudenziali. L'avvenuta abrogazione della lett. *d*, art. 32, comma 3, l. n. 183/2010, e la contestuale modifica dello stesso comma 3 dell'art. 32, con l'introduzione di una disciplina parzialmente modificata nella lett. *a* e di un primo termine decadenziale ampliato a 120 giorni, da applicarsi «in relazione alle cessazioni di contratti a tempo determinato verificatesi a decorrere dal 1° gennaio 2013», a opera di una legge entrata in vigore quasi sei mesi prima, sembrerebbe aver lasciato un vero e proprio vuoto normativo, non coperto da alcun limite decadenziale, in relazione a quei contratti a termine scaduti tra l'entrata in vigore della legge Fornero, 18 luglio 2012, e il 1° gennaio 2013. Se anche il pro-

(18) T. Milano 6.7.2012, in *RCDL*, 2012, n. 3, 705; T. Milano 30.9.2011 e T. Milano 26.9.2011, in *RCDL*, 2011, n. 3, 749; T. Milano 4.8.2011, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 3.

(19) Cass. 14.12.2015, n. 25103, in *MGC*, 2015; Cass. 10.7.2015, n. 14406, in *MGC*, 2015; Cass. 2.7.2015, n. 13563, in *FI*, 2015, n. 9, I, 2718, Cass. 23.4.2014, n. 9203, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 813.

(20) Cass. 14.3.2016, n. 4913, S.U., in *MGC*, 2016. L'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite era avvenuta per il diverso problema del risarcimento del danno correlato all'utilizzo di una successione di contratti nel pubblico impiego. La questione del Milleproroghe, in realtà, non ha creato una divaricazione di posizioni nella giurisprudenza di legittimità, che sul punto era stata abbastanza netta, anche se la divisione delle Sezioni Unite di tale orientamento appare rilevante.

(21) Cass. 14.3.2016, n. 4913, S.U., in *MGC*, 2016.

blema è probabilmente dovuto a una vera e propria svista del legislatore, in giurisprudenza si è riconosciuto che in quei 6 mesi di vuoto normativo non fosse possibile applicare alcuna decadenza per l'impugnazione dei vizi del contratto a tempo determinato, posto che «una materia di stretta interpretazione quale quella della decadenza non consente minimamente di colmare detto vuoto facendo ricorso a interpretazioni estensive o analogiche» (22).

Tali interventi giurisprudenziali, tendenti in qualche modo a superare le aporie normative contenute nei diversi interventi legislativi che hanno modificato l'istituto della decadenza applicato al contratto a tempo determinato con modalità che non appaiono caratterizzate da un approccio di carattere sistematico, sembrerebbero però accomunati dall'esigenza di utilizzare un'estrema cautela quando un termine decadenziale possa investire valori e principi a copertura costituzionale quali quelli tutelati dalle norme protettive del lavoratore subordinato.

E in effetti appare diffusa in dottrina l'idea che il termine di decadenza esteso al contratto a tempo determinato, oltre a generici principi di celerità processuale, sia in realtà stato introdotto per una ragione che guarda prevalentemente «all'interesse del sistema delle imprese a una rapida soluzione di determinate e particolarmente delicate tipologie di contenzioso: dunque, se vogliamo, un interesse di parte» (23). Le nuove regole in materia di decadenza avrebbero cioè puntato al contenimento del contenzioso, creando un «riequilibrio a favore del datore» (24) e un «nuovo equilibrio complessivo nel rapporto tra tutela dei diritti e tutela della certezza dei rapporti giuridici» (25).

Si tratta di una precisa volontà del legislatore, correlata a uno specifico e contingente momento storico, che ovviamente rientra pienamente nelle sue prerogative, ma che necessita anche in sede interpretativa da parte del giudice ordinario di un'attenzione maggiore rispetto alla necessità che principi e valori costituzionalmente tutelati possano continuare a esprimere appieno i loro effetti.

Tale approccio non può che essere adottato anche in relazione al nuovo testo del regime decadenziale in materia di contratto a termine, con particolare riferimento a quella che appare la questione più delicata, vale a dire il fatto che tuttora il termine di decadenza in materia di contratti a ter-

(22) Così T. Milano 27.4.2015, in *RGL news*, 2015, n. 4.

(23) Nicolini 2013, 609.

(24) Ghera, Valente 2010, 872.

(25) Novella 2012, 2033.

mine rischia di poter incidere negativamente sulla possibilità per il lavoratore di far valere in giudizio un proprio diritto in caso di successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

3. — *Le modifiche contenute nell'art. 28, d.lgs. n. 81/2015* — Il nuovo testo dell'art. 28 contiene diverse differenze significative rispetto al contenuto dell'art. 32, l. n. 183/2010.

L'art. 32, comma 3, l. n. 183/2010, nell'estendere al contratto a tempo determinato il termine di decadenza dell'art. 6, l. n. 604/1966, aveva previsto inizialmente due differenziate ipotesi concernenti l'impugnazione del contratto a tempo determinato: la lett. *a*, che si riferiva ai «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto», e la lett. *d*, che faceva riferimento «all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4» del d.lgs. n. 368/2001.

La differenziazione tra le due ipotesi non appariva, però, molto chiara. Se la prima parte della lett. *a* è stata letta in dottrina con riferimento alle ipotesi in cui fosse comunque in discussione la natura giuridica del rapporto di lavoro (26), più criptica appariva la seconda parte della lettera *a* e il rapporto con la successiva lettera *d*. E probabilmente l'unico modo per poter discernere le due ipotesi era quello di ripercorrere gli approcci giurisprudenziali in merito alle possibilità di impugnare un contratto a termine. La giurisprudenza dominante, dopo qualche tentennamento iniziale (27), aveva da tempo ritenuto che l'azione diretta all'accertamento dell'illegittimità del termine non dovesse essere qualificata come impugnazione del licenziamento, ma come azione imprescrittibile di nullità parziale del contratto (28), salvo il caso in cui il datore di lavoro, anziché limitarsi a comu-

(26) Cfr. Giubboni 2013, 1101.

(27) Nel vigore della l. n. 230/1962, in un primo momento, parte della giurisprudenza aveva ritenuto applicabile il termine di decadenza già previsto per il licenziamento dall'art. 6, l. n. 604/1966, nel caso di scadenza di un contratto di lavoro a termine illegittimamente stipulato (Cass. 11.4.1983, n. 2561, in *MGC*, 1983, 4; Cass. 27.1.1981, n. 634, in *MGC*, 1981, 1; Cass. 21.3.1980, n. 1924, in *MGC*, 1980, 3; Cass. 16.4.1976, n. 1365, in *RGL*, 1976, II, 1148). La Cassazione esprimeva al riguardo la convinzione che «la fissazione di un termine finale assolvesse preventivamente, nel rapporto a tempo determinato, quella stessa funzione che l'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, assegna alla comunicazione scritta del licenziamento» (Cass. 16.4.1976, n. 1365, in *RGL*, 1976, II, 1148).

(28) Si tratta di un orientamento ampiamente consolidatosi negli anni. Tra le tante, v. Cass. 26.9.2013, n. 22057, in *iusexplorer.it*; Cass. 10.11.2009, n. 23756, in *MGC*,

nicare la disdetta per scadenza del termine, avesse intimato – nel presupposto dell'intervenuta conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato – un vero e proprio licenziamento da quest'ultimo rapporto (29). Si poteva, quindi, ragionevolmente ritenere che quest'ultimo fosse il caso richiamato dal legislatore nella lett. *a*, unitamente alla possibilità di impugnare un atto di recesso *ante tempus* per giusta causa o per altro motivo ritenuto illegittimo, mentre la lett. *d* richiamava le ipotesi, quantitativamente più numerose, di impugnazione dell'illegittimità del termine successivamente alla scadenza naturale del contratto.

La legge n. 92/2012, nel riformulare la norma, aveva accorpato nella sola lett. *a* le due ipotesi, eliminando però la seconda parte della lett. *a* e mantenendo soltanto il riferimento alla nullità del termine ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001.

Il nuovo art. 28 del d.lgs. n. 81/2015 sembra risolvere tali questioni, nel senso di propendere per una portata applicativa particolarmente ampia della decadenza, che non si riferisce più alla «nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4» del d.lgs. n. 368/2001, secondo quanto prevedeva l'ultima versione dell'art. 32, l. n. 183/2010, ma concerne genericamente «l'impugnazione del contratto a tempo determinato». Il che lascia intendere che sia soggetta a un termine di decadenza non soltanto l'azione tendente a far dichiarare la nullità del termine per difetti genetici della stessa struttura del contratto, come ad esempio la mancanza della forma scritta che anche l'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 riconosce quale elemento essenziale del contratto *ad substantiam*, o per una eventuale contrarietà a norma imperativa, ma qualunque questione che incida sulla vicenda contrattuale, come un'eventuale impugnazione di un atto di recesso *ante tempus* (30).

2009, 11, 1573; Cass. 14.7.2005, n. 14814, in *MGC*, 2005, 6; Cass. 21.12.1998, n. 12752, in *MGC*, 1998, 2632; Cass. 11.4.1996, n. 3368, in *RIDL*, 1997, II, 167; Cass. 17.12.1994, n. 10829, in *MGC*, 1994, 12; Cass. 25.1.1993, n. 824, in *MGC*, 1993, 119. Il contrasto interpretativo era stato risolto da Cass. 6.7.1991, n. 7471, S.U., in *GC*, 1992, I, 114. Anche in precedenza, però, l'orientamento che inquadrava l'azione quale nullità era diffuso: Cass. 26.10.1991, n. 11446, in *RIDL*, 1992, II, 994; Cass. 2.5.1990, n. 3612, in *OGI*, 1990, 170; Cass. 2.4.1986, n. 2256, in *GC*, 1986, I, 1893; Cass. 19.12.1985, n. 6514, in *MGC*, 1985, 12; Cass. 5.3.1983, n. 1646, in *GC*, 1984, I, 878.

(29) Cass. 8.10.2002, n. 14381, S.U., in *OGI*, 2002, I, 807; Cass. 6.7.1991, n. 7471, S.U., in *GC*, 1992, I, 114; Cass. 21.12.1998, n. 12752, in *MGC*, 1998, 2632; Cass. 13.3.1998, n. 2755, in *OGI*, 1998, I, 613; Cass. 11.4.1996, n. 3368, in *MGC*, 1996, 543; Cass. 17.12.1994, n. 10829, in *MGC*, 1994, 12; Cass. 25.1.1993, n. 824, in *MGC*, 1993, 119.

(30) Non appare, infatti, incidere su tale interpretazione il riferimento contenuto nell'art. 28 alla «cessazione del singolo contratto», potendo riferirsi tale inciso alla con-

Il legislatore interviene anche su di una ulteriore questione che aveva creato più di qualche problema interpretativo in relazione al testo contenuto nella l. n. 183/2010. Si era, infatti, creato un dibattito in merito alla portata dei riferimenti testuali agli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, che, rimasti invariati successivamente alla riforma del contratto a termine operata dal cd. decreto Poletti, sono stati del tutto espunti nel testo del 2015.

Un primo orientamento riteneva che, nonostante tale riferimento testuale, la decadenza dovesse essere applicata a tutti i casi di impugnazione di un contratto a tempo determinato (31). Un secondo e più condivisibile orientamento, invece, preferiva ritenere che la norma limitasse l'onere della decadenza alle sole azioni di nullità dirette a far valere la violazione degli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001 (32). Secondo tale ultima impostazione l'esclusione degli altri profili di illegittimità contenuti nel d.lgs. n. 368/2001 (33) risponderebbero a ragioni specifiche e peculiari, e in particolare l'esclusione dell'art. 5 sarebbe dovuta al fatto che «le tutele centrali contro l'utilizzo abusivo dell'istituto, in conformità con quanto prescritto dalla clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, si concentrino nelle previsioni che mirano a impedire forme d'indebita reiterazione nel tempo del ricorso, tra le stesse parti, al contratto a termine» (34), convogliate proprio nell'articolo 5 del d.lgs. n. 368/2001.

La riforma del 2015 ha invece optato per ricomprendere nell'alveo di applicazione dell'onere di decadenza tutti i casi di impugnazione di un contratto a tempo determinato. Tale scelta del legislatore, che raggiunge l'indubbio risultato di semplificare l'ambito applicativo della norma, lascia, però, impregiudicati alcuni dei rischi messi in rilievo dalla dottrina, con particolare riferimento ai casi di contratti a tempo determinato utilizzati in successione. Fenomeno che può comportare concreti effetti problematici sotto un duplice ordine di profili. Da un lato, il fisiologico timore del lavoratore a impugnare i vizi di un contratto a tempo determinato quando

clusione del rapporto contrattuale genericamente intesa, anche in virtù di un atto di recesso unilaterale intimato prima della naturale scadenza contrattuale. D'altra parte, il legislatore del 2010 per identificare il momento conclusivo naturale del contratto a termine utilizzava nella lett. *d* dell'art. 32, comma 3, l. n. 183/2010, proprio il termine «scadenza» del contratto. Il termine più generico di «cessazione» è stato utilizzato dal legislatore del 2012 nel momento in cui ha accorpato nella lett. *a* dell'art. 32, comma 3, le ipotesi precedentemente previste nelle lett. *a* e *d* dell'art. 32, comma 3.

(31) Cfr. Tosi 2010; Nicolini 2013.

(32) Giubboni 2013; Speciale 2012; Giasanti 2011.

(33) Su cui v. T. Cosenza 13.12.2013, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 338, che esclude la decadenza per i casi di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 368/2001.

(34) Giubboni 2013. Dello stesso parere Menghini 2012; Giasanti 2011.

abbia appena rinnovato ovvero sia in attesa di stipulare un nuovo contratto a termine con il medesimo datore di lavoro. Dall'altro, il rischio che la mancata impugnazione di ogni singolo contratto a termine possa pregiudicare l'azione tendente al riconoscimento del diritto del lavoratore di non essere sottoposto a un abuso nella successione dei contratti a tempo determinato.

4. — *I possibili rimedi di diritto interno* — La decisione del legislatore del 2012 di aumentare il primo termine di decadenza stragiudiziale a 120 giorni, mantenuta nell'art. 28, d.lgs. n. 81/2015, fondava le proprie ragioni sulle critiche avanzate da più parti sui potenziali profili problematici derivanti dal nuovo breve termine di decadenza, con riferimento ai possibili profili di contrasto con gli articoli 3 e 24 della Carta costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, ha da sempre collegato eventuali ipotesi di incostituzionalità di termini di decadenza alla necessità che non si renda eccessivamente difficoltoso ed estremamente disagiata l'esercizio dell'impugnazione (35), salvo essere piuttosto cauto nel pronunciarsi sull'illegittimità dei termini sottoposti al suo giudizio (36).

Se un periodo di quattro mesi appare probabilmente in grado di assicurare la possibilità di impugnare per quel lavoratore che abbia avuto a che fare con un unico contratto a termine, per cui sarebbe difficilmente ipotizzabile un intervento da parte della Corte costituzionale che metta in discussione il termine decadenziale di 120 giorni in sé e per sé considerato (37), nel momento in cui ci si trovi davanti a una serie di contratti in successione, però, qualche dubbio in più emerge con forza.

Sembra proprio rispondere a tali timori, cercando una possibile soluzione interpretativa, quell'orientamento giurisprudenziale che si sta co-

(35) Cfr. C. cost. 20.3.1974, n. 77, in *giurcost.org*, secondo cui «ai fini della legittimità costituzionale importa soltanto che sia effettivamente garantita al lavoratore la concreta possibilità di ricorso alla tutela giurisdizionale».

(36) Va richiamata C. cost. 5.7.1968, n. 85, in *giurcost.org*, che dichiara la illegittimità costituzionale del termine di decadenza di un mese previsto dall'art. 28 del decreto 17 agosto 1935, n. 1765, nella parte in cui stabilisce che la domanda dei superstiti del lavoratore deceduto a causa dell'infortunio deve essere proposta, a pena di decadenza, entro un mese dalla data della morte. Ma anche C. cost. 26.7.1979, n. 93, in *giurcost.org*, in cui la Corte ha ritenuto incostituzionale il termine di decadenza di 60 giorni previsto dalla legge per un reclamo in via gerarchica del personale di un'azienda di trasporti municipali, nella parte in cui rendeva improponibile il ricorso e non improcedibile, trasformando quindi il termine di decadenza in mero onere processuale esercitabile nei limiti della prescrizione.

(37) Questa sembra la posizione di Novella 2012, 2037.

minciando a diffondere nella giurisprudenza di merito secondo cui la stipulazione di un nuovo contratto a termine tra le medesime parti prima della scadenza del primo termine di decadenza di 120 giorni sarebbe da considerarsi quale fatto idoneo a impedire la decadenza, secondo il disposto di cui all'art. 2966 c.c., «dovendosi presumere il riconoscimento del diritto alla prosecuzione del rapporto proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza (il datore) così configurandosi una causa impeditiva della decadenza ai sensi dell'articolo 2966 codice civile» (38). Nelle motivazioni dei giudicanti si trovano riferimenti correlati al fatto che sarebbe la *ratio* stessa del termine di decadenza, finalizzata a evitare al datore di lavoro il rischio di essere esposto *sine die* all'iniziativa giurisdizionale del lavoratore, a venire «meno ogni volta in cui il rapporto fra le parti prosegue con la stipula di nuovi accordi contrattuali intervenuti o senza soluzione di continuità o comunque in un arco temporale limitato inferiore al termine decadenziale. La prosecuzione dell'attività lavorativa in virtù di altri contratti di lavoro stipulati fra le parti [...] pone il lavoratore nella condizione di non poter assumere le determinazioni del caso finalizzate a tutelare la propria posizione ed eventualmente adire l'autorità giudiziaria» (39); ovvero riferimenti al fatto che sia «palese che non si possa pretendere che il lavoratore impugni il proprio contratto a termine dopo la prima o successiva scadenza pochi giorni dopo essere stato riassunto» (40).

Dalle motivazioni sopra richiamate si evince innanzitutto la volontà dei giudicanti di richiamare direttamente la causa impeditiva prevista dall'art. 2966 c.c., consistente nel riconoscimento del diritto che, in relazione a diritti disponibili, «può essere desunto esclusivamente da un fatto che, avendo quale presupposto l'ammissione (totale o parziale) della pretesa avversaria, sia incompatibile con la volontà opposta» (41), con

(38) T. Milano 7.1.2016; T. Milano 15.2.2016, con riferimento a una successione di rapporti di collaborazione a termine; T. Brescia 18.6.2015, con riferimento alla successione di contratti di somministrazione; T. Busto Arsizio 21.1.2015; T. Milano 19.5.2014; T. Milano 17.12.2013; T. Milano 26.11.2013; T. Milano 21.11.2013; T. Milano 3.7.2013; T. Milano 17.6.2013, con riferimento alla successione di contratti di somministrazione; T. Milano 8.4.2013; T. Milano 14.9.2012, in *RCDL*, 2012, n. 4, 941. *Contra*, ritenendo che la decadenza produca i propri effetti in relazione a ogni singolo contratto, T. Milano 10.7.2014. Si tratta tendenzialmente di decisioni inedite a quanto consta, ma in gran parte rinvenibili in *www.wikilabour.it* ovvero richiamate nelle diverse motivazioni dei singoli giudicanti.

(39) T. Busto Arsizio 21.1.2015, cit.

(40) T. Milano 8.4.2013, cit.

(41) Cass., S. I, 2.5.2006, n. 10120, in *GC*, 2007, n. 10, I, 2207.

evidente riferimento a un generico riconoscimento della volontà del lavoratore di lavorare (42).

In realtà, tale approccio interpretativo, nel superare il limite di decadenza a fronte di una nuova assunzione, tiene certamente conto anche del fatto che «secondo consolidata giurisprudenza la decadenza prevista dall'art. 6 della legge n. 604 [...] non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, attenendo a un diritto disponibile, ma necessita di un'eccezione in senso stretto che, nel rito del lavoro, deve essere proposta, dalla parte convenuta, nella memoria di costituzione» (43).

Si tratta di una lettura consolidata della Suprema Corte (44), da cui sembrerebbe emergere l'idea che la particolare decadenza «stragiudiziale» dell'art. 6, l. n. 604/1966, possa rientrare in quelle forme di decadenza tendenti alla tutela non di un interesse superiore, rientrante nelle materie indisponibili dalle parti, ma poste a tutela di interessi individuali e quindi disponibili (45), il che comporterebbe come conseguenza la possibile rinunciabilità preventiva, ancorché tacita (46). Seguendo tale lettura, cioè, il termine di decadenza tra un contratto e l'altro sarebbe da considerarsi sottoposto a rinuncia preventiva per fatti concludenti, derivanti dall'oggettiva stipulazione di un nuovo contratto a tempo determinato

(42) Su cui però v., in senso negativo, T. Milano 30.7.2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014, che invece ritiene come nel riconoscimento del diritto debba necessariamente rientrare la domanda giudizialmente posta di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e non una generica richiesta di una nuova assunzione a tempo determinato.

(43) Così Boghetich (2011, 75), che ritiene tranquillamente applicabile tale principio anche ai nuovi termini introdotti dall'art. 32, l. n. 183/2010. In questo senso: Cass. 23.9.2011, n. 19405, in *MGC*, 2011, 9, 1330; Cass. 19.10.2009, n. 22105, in *MGC*, 2009, 10, 1461; T. Torino 29.5.1996, in *Giur. piemontese*, 1997, 49; Cass. 2.2.1991, n. 1035, in *MGC*, 1991, 2; Cass. 6.11.1990, n. 10644, in *MGC*, 1990, 11; Cass. 2.12.1988, n. 6546, in *MGC*, 1988, 12; Cass. 10.12.1983, n. 7313, in *MGC*, 1983, 11; Cass. 3.9.1981, n. 5035, in *OGL*, 1982, 170; Cass. 16.10.1980, n. 5574, in *MGC*, 1980, 10. *Contra*, C. App. Torino 6.5.2014, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, n. 2, 447.

(44) In questa sede non si intende entrare nell'ambito della complessa problematica teorica correlata alla questione della inderogabilità e della indisponibilità dei diritti nel diritto del lavoro. Per tutti, De Luca Tamajo 1976. Sulla parziale differenza di approccio con i riferimenti contenuti nel codice civile ai diritti indisponibili in materia di prescrizione e decadenza, cfr. Novella 2012.

(45) Per la giurisprudenza maggioritaria anche la decadenza dall'impugnazione degli accordi o rinunce di cui all'art. 2113 c.c. non può essere rilevata d'ufficio: cfr. Gerardo 2015. In giurisprudenza v. Cass. 26.1.1995, n. 908, in *OGL*, 1995, 301; Cass. 9.9.1987, n. 7230, in *MGC*, 1987, 8.

(46) Cfr. Roselli 2005, 2078; Buffoni 2009, 756.

prima della scadenza del termine decadenziale. Del resto la giurisprudenza ha tradizionalmente inquadrato nei termini di decadenza rilevabili d'ufficio soltanto quelli che siano strettamente correlati a interessi pubblicistici in senso stretto, come questioni concernenti prestazioni previdenziali (47).

Infine, e più in generale, nelle affermazioni dei giudici sembra aleggiare implicitamente una valutazione sulla sussistenza di un vero e proprio *metus* del lavoratore a impugnare, visto che la possibilità di ottenere una proroga e/o un nuovo contratto dipende proprio da colui contro cui dovrebbe agire in giudizio (48). E sul punto deve rammentarsi come il giudice costituzionale fin dagli anni sessanta abbia fatto leva proprio sullo stato psicologico del lavoratore, potenzialmente coartato nella sua libertà d'azione, per i suoi interventi in materia di sospensione della prescrizione in costanza di un rapporto non stabile (49). Questione, peraltro, che con le recenti modifiche della disciplina dei licenziamenti è da considerarsi tornata pienamente attuale, posto che in giurisprudenza si è ritenuto che con le modifiche apportate nel 2012 all'art. 18 St. lav. la prescrizione dei diritti del

(47) Vd. Cass 19.3.2014, n. 6331, in *MGC*, 2014, secondo cui, «in tema di prestazioni previdenziali, la decadenza dall'esercizio dell'azione giudiziaria, prevista dall'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, come modificato dall'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, conv. in legge 14 novembre 1992, n. 438, è un istituto di ordine pubblico dettato a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti sui bilanci pubblici, ed è pertanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, con il solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale, di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto a essa soggetto»; Cass. 29.5.2009, n. 12718, S.U., in *GC*, 2010, n. 12, I, 2857; Cass. 27.3.1996, n. 2743, in *MGC*, 1996, 565.

(48) Il *metus* del lavoratore è stato posto alla base anche di quell'orientamento che sosteneva la non decorrenza del termine di prescrizione nel caso di contratti a termine successivi quando il rapporto di lavoro sia stato convertito dal giudice (Cass. 22.2.1995, n. 2020, in *MGC*, 1995, 419; Cass. 22.12.1989, n. 5783, in *MGC*, 1989, 12). Va però ricordato che le Sezioni Unite, sulla base della considerazione che il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro può trovare applicazione solo in caso di un unico e ininterrotto rapporto di lavoro a tempo indeterminato, hanno optato per la decorrenza ininterrotta della prescrizione dei crediti di natura retributiva sorti in costanza di ciascun contratto a partire dalla loro maturazione (Cass. 16.1.2003, n. 575, S.U., in *FI*, 2003, I, 1792).

(49) Si vedano le sentenze della Corte costituzionale in materia di prescrizione a partire da C. cost. 10.6.1966, n. 63, in *giurcost.org*; C. cost. 12.12.1972, n. 174, in *giurcost.org*; C. cost. 1.6.1979, n. 40, in *giurcost.org*, che richiamano l'art. 36 Cost. quale norma potenzialmente violata; v. anche Cass. 12.4.1976, n. 1268, S.U., in *FI*, 1976, I, 915.

lavoratore non possa decorrere nemmeno nelle unità produttive di maggiore dimensione (50).

Si tratterebbe, cioè, della possibilità che i singoli giudici si riconoscono di condurre una vera e propria interpretazione adeguatrice del dettato costituzionale con cui il giudice «opera una rilettura radicalmente diversa e innovativa della portata della norma, all'unico scopo di adeguarla (interpretazione "adeguatrice") alle esigenze minime ritenute costituzionalmente inderogabili» (51), riscontrabili nelle affermazioni della stessa Corte costituzionale (52) circa la necessità di garantire la piena libertà d'azione del lavoratore interessato ai sensi dell'art. 24 della Costituzione. Operazione che non appare letteralmente preclusa dal testo né dell'art. 2966 né dell'art. 2968 del codice civile (53), ma che potrebbe, al limite, fornire un ulteriore e possibile spunto per una nuova pronuncia del giudice costituzionale sulla questione (54).

5. — *I possibili rimedi nell'ambito del diritto dell'Unione europea* — La riforma del termine di decadenza contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 pone un ulteriore e più specifico problema: quello della potenziale violazione della clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce, nel momento in cui l'applicazione di un termine di decadenza correlato a ciascun contratto a tempo determinato permetterebbe di rendere particolarmente complessa la valutazione del divieto di abuso di contratti a termine successivi, secondo quanto oggi previsto dal d.lgs. n. 81/2015 ovvero nei casi in cui si possa configurare una «frode alla legge» (55).

(50) T. Milano 16.12.2015, in *www.wikilabour.it*.

(51) Onida 1977, 537.

(52) Cfr. in particolare C. cost. 20.3.1974, n. 77, in *giurcost.org*.

(53) Infatti, secondo l'attuale approccio della Corte costituzionale «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (C. cost. 22.10.1996, n. 356, in *giurcost.org*).

(54) Deve infatti ritenersi che la sentenza con cui il giudice delle leggi aveva affermato in motivazione che «le assunzioni temporanee [...] hanno carattere precario, e la rinnovazione del relativo rapporto non presenta carattere di normalità», con la conseguenza che un mancato rinnovo «non pone, pertanto, il lavoratore in una situazione di timore di un evento incerto» (C. cost. 20.11.1969, n. 143, in *giurcost.org*), sia da considerarsi strettamente correlata al caso del regime di stabilità del pubblico impiego e non possa essere considerato un precedente rilevante in materia di contratti a termine successivi. Peraltro, la norma oggetto di attenzione nel 1969 (art. 2, comma 1, r.d. n. 295/1939) è stata successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima da C. cost. 7.4.1981, n. 50, in *giurcost.org*.

(55) Secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte,

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, ferma restando la possibilità di introdurre termini di decadenza per ragioni di certezza del diritto, devono sempre essere rispettati i fondamentali principi di equivalenza ed effettività. Per il giudice europeo, infatti, un termine di decadenza fissato dal legislatore nazionale può essere considerato legittimo, nell'interesse della certezza del diritto, solo laddove «non renda in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario» (56).

Il termine di decadenza deve cioè essere ragionevole nel senso che «occorre che dalla brevità del termine di decadenza non derivi la conseguenza che l'interessato stesso non riesca, in pratica, a rispettare tale termine e non riesca quindi a beneficiare della tutela» (57), prevista dal diritto dell'Unione europea. Senza contare che «il giudice nazionale deve disapplicare la disposizione nazionale riguardante il termine di decadenza ove rilevi che essa non è conforme alle norme del diritto comunitario e che, inoltre, non risulta possibile alcuna interpretazione conforme della disposizione medesima» (58), e che per i diritti derivanti dal diritto dell'Unione debbono essere previste modalità procedurali non meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna.

È così stato ritenuto coerente con l'ordinamento europeo il termine di decadenza di un anno previsto dalla legge italiana in materia di risarcimento del danno derivante dalla tardiva attuazione di una direttiva (59) e il termine di decadenza di due mesi previsto da una legge tedesca in materia di parità di trattamento in materia di occupazione (60). Mentre è stato ritenuto contrario ai principi di equivalenza ed effettività un termine di deca-

Cass. 8.1.2015, n. 62, in *FI*, 2015, n. 2, I, 473, con riferimento alla disciplina del lavoro nautico dopo la presa di posizione della Corte di Giustizia 3.7.2014, C-362/13, *Fiamingo*. Già in passato parte della dottrina era incline a ritenere in ogni caso applicabile «l'istituto della frode alla legge al fine di unificare in un unico rapporto la somma dei contratti a termine» (così Menghini 2012, 982; si veda sul punto anche Roccella 1997).

(56) In tal senso C. Giust. 16.12.1976, 33/76, *Rewe*, in *Racc.*, 1976 01989, punto 5; C. Giust. 28.9.1994, C-128/93, *Fischer*, in *Racc.*, 1994 I-04583, punto 39; C. Giust. 6.12.1994, C-410/92, *Johnson*, in *Racc.*, 1994, I-05483, punto 21; C. Giust. 11.12.1997, C-246/96, *Magorrian e Cunningham*, in *Racc.*, 1997, I-07153, punto 37; C. Giust. 24.9.2002, C-255/00, *Grundig Italiana*, in *Racc.*, 2002, I-08003, punto 34.

(57) C. Giust. C-125/01, *Pflücke*, in *Racc.*, 2003, I-09375, punto 37.

(58) Sul punto già C. Giust. 9.3.1978, C-106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, 00629, punto 21.

(59) C. Giust. 10.7.1997, C-261/95, *Palmisani*, in *Racc.*, 1997, I-04025.

(60) C. Giust. 8.7.2010, C-246/09, *Bulicke*, in *Racc.*, 2010, I-03317.

denza di 15 giorni previsto da una legge del Lussemburgo in materia di licenziamento delle lavoratrici gestanti (61), e un termine di un mese previsto da una legge spagnola in materia di diritti dei consumatori (62). Qualche intervento più incisivo lo si è avuto in relazione alla direttiva in materia di appalti pubblici, in cui la Corte ha ritenuto contrario ai principi della direttiva un termine di decadenza di sei mesi previsto da una legge austriaca (63), e ha affermato la necessità che i giudici nazionali disapplicino il termine di decadenza che impedisce di adottare i principi europei in materia di aggiudicazioni (64).

Tra i casi più interessanti, però, vi è un precedente della Corte del 16.5.2000, C-78/98, *Shirley Preston*, che si riferisce proprio a contratti a tempo determinato in successione. Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia non riguardava direttamente la Direttiva n. 1999/70/Ce, ma concerneva il diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici ai sensi del (vecchio) art. 119 del Trattato Ce. In particolare, la *House of Lords*, giudice di ultima istanza nell'ordinamento britannico, chiedeva alla Corte di Giustizia se una norma, come quella inglese, che imponeva alla scadenza di ogni singolo contratto un termine di decadenza di sei mesi, per il riconoscimento dei periodi di lavoro a fini pensionistici, fosse da considerarsi contraria al principio di effettività. Secondo la Corte, se un termine di decadenza di sei mesi non può essere di per sé considerato un ostacolo all'esercizio del diritto, diverso è il caso in cui l'attività lavorativa sia stata svolta in base a singoli contratti successivi e giuridicamente distinti. Secondo la Corte, infatti, «nel caso di contratti successivi a tempo determinato, del genere di quelli oggetto della terza questione, la fissazione del *dies a quo* del termine di decadenza alla scadenza di ogni singolo contratto rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto attribuito dall'art. 119 del Trattato» (65). E prospetta anche una possibile soluzione, affermando che «Nulla osta, infatti, a che il *dies a quo* del termine di decadenza sia fissato [...] alla data in cui si sia interrotta la successione di tali contratti, o perché sia venuta meno la regolarità degli intervalli o perché il nuovo contratto non riguardi più la stessa attività lavorativa cui si applichi lo stesso regime pensionistico» (66), per poi conclu-

(61) C. Giust. 28.10.2009, C-63/08, *Pontin*, in *Racc.*, 2009, I-10467.

(62) C. Giust. 29.10.2015, C-8/14, *Bbva*.

(63) C. Giust. 26.11.2015, C-166/14, *MedEval*.

(64) C. Giust. 27.2.2003, C-327/00, *Santex*, in *Racc.*, 2003, I-01877.

(65) C. Giust. 16.5.2000, C-78/98, *Shirley Preston*, in *Racc.*, 2000, I-03201, punto 68.

(66) Ivi, punto 70.

dere che «il diritto comunitario osta a una norma nazionale per effetto della quale la domanda di iscrizione a un regime pensionistico aziendale (o dal quale derivino diritti alla pensione) debba essere presentata entro il termine di sei mesi a decorrere dalla scadenza di ogni contratto (ovvero di tutti i singoli contratti) di lavoro oggetto della domanda stessa, quando si tratti di un rapporto di lavoro stabile risultante da una successione di contratti a tempo determinato, conclusi a intervalli regolari e riguardanti la stessa attività lavorativa cui si applichi lo stesso regime pensionistico».

Ora, se pure la clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce non può essere invocata direttamente davanti a un giudice nazionale (67), la posizione espressa dalla Corte di Giustizia nel caso di un termine di decadenza applicato a una successione di contratti a tempo determinato, peraltro in relazione a una norma di diritto primario quale l'art. 119 Ce, sembrerebbe esprimere un preciso approccio applicativo del fondamentale principio di effettività, che esprime l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Le conclusioni della Corte di Giustizia in *Shirley Preston*, C-78/98, cioè, pur riferite a un singolo e specifico caso, sembrano però contenere quella chiarezza necessaria per risolvere la questione che collega un termine di decadenza a una serie di contratti a tempo determinato in successione, secondo la teoria dell'*acte clair* (68), senza la necessità di dover porre una specifica questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia di interpretazione della clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce. Sembrerebbe si possa ritenere, quindi, che un termine di decadenza correlato a ogni singolo contratto a termine in successione possa comportare una diretta violazione dei fondamentali principi di equivalenza ed effettività.

Il che renderebbe possibile che un giudice nazionale, nell'interpretare le norme interne di attuazione di una normativa dell'Unione europea, possa direttamente disapplicare quelle norme interne che, imponendo la necessità di un onere di decadenza per ogni singolo contratto a tempo determinato, rendano eccessivamente difficile il diritto di ciascun lavora-

(67) C. Giust. 23.4.2009, C-378/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 2009, I-03071, punto 196, secondo cui la clausola 5 «non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa».

(68) Secondo la dottrina dell'atto chiaro, cioè, «il giudice non è tenuto a sottoporre alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale la cui soluzione emerge chiaramente dai testi normativi o dalla giurisprudenza» (C. Giust. 6.10.1982, 283/81, *Cilfit*, in *Racc.*, 1982 03415, punto 13).

tore di non subire l'abuso derivante da una successione di contratti secondo gli ormai consolidati principi espressi sul punto dalla Corte di Giustizia in relazione alla clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, con la conseguenza di poter calcolare il *dies a quo* del termine di decadenza soltanto dal momento finale della successione dei contratti.

Tale opzione interpretativa appare rafforzata da un ulteriore intervento del giudice europeo in relazione a una questione pregiudiziale sollevata da un giudice spagnolo proprio in relazione alla Direttiva n. 1999/70/Ce nell'ambito di una controversia relativa a principi di parità di trattamento tra dipendenti privati e pubblici che abbiano un rapporto di lavoro a tempo determinato. La Corte ha ritenuto coerente con la direttiva un termine di decadenza di due mesi in sé e per sé considerato, ma laddove ciò possa rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'Accordo quadro, «il termine di due mesi potrebbe decorrere» a partire da un momento successivo in modo da risolvere l'eventuale contrasto con il diritto europeo (69).

Ciò comporta che, a parere di chi scrive, nel nostro ordinamento i principi dell'Unione europea possano già allo stato consentire ai giudici italiani di disapplicare parzialmente l'art. 28, d.lgs. n. 81/2015, facendo decorrere il termine di decadenza ivi previsto dall'ultimo contratto a tempo determinato, quando l'applicazione di un termine di decadenza congegnato alla scadenza di ogni singolo contratto possa incidere su quelle norme interne di attuazione della clausola 5, rendendo eccessivamente difficile la decisione circa l'abuso derivante da una serie successiva di contratti di lavoro a tempo determinato che occultino un rapporto di lavoro sostanzialmente stabile.

Nel caso in cui l'approccio interpretativo proposto possa trovare spazio tra i giudici, rimarrebbe da chiedersi se si debba considerarlo applicabile alle sole norme di diritto interno strettamente correlate con il principio di cui alla clausola 5 del divieto di abuso. In tal caso il principale riferimento appare certamente essere l'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015, che contiene oggi il limite temporale massimo dei 36 mesi, ma strette corre-

(69) C. Giust. 8.9.2011, C-177/10, *Santana*, in *Racc.*, 2011, I-07907. In realtà nel caso di specie si trattava soltanto della possibilità riconosciuta dalla Corte di posticipare il termine di decadenza al successivo momento della «notifica della decisione che annulla la sua ammissione al detto concorso e la sua nomina in qualità di dipendente pubblico di ruolo del gruppo superiore». Ma il principio affermato proprio in relazione alla Direttiva n. 1999/70/Ce appare particolarmente significativo per il caso in discussione.

lazioni si possono individuare nell'art. 21 in materia di proroghe e rinnovi e nell'art. 22 sulla continuazione dopo la scadenza. Non può poi dimenticarsi che il medesimo principio del divieto di abuso di contratti in successione può essere fatto valere nel nostro ordinamento anche attraverso l'applicazione della frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c. secondo la lettura della Suprema Corte (70).

Ci si potrebbe in realtà anche chiedere se, dopo il superamento nel diritto interno del principio di causalità del contratto a tempo determinato, non si possa ritenere che tutti i limiti normativi contenuti nel d.lgs. n. 81/2015 siano necessariamente correlati con i divieti di cui alla Direttiva n. 1999/70/Ce. Tale ultima lettura potrebbe, però, porsi in contrasto con quanto la Corte di Giustizia ha già avuto modo di affermare circa il fatto che l'Accordo quadro «non è teso ad armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti a tempo determinato» (71), e andrebbe valutata con molta cautela.

In realtà, se anche si ritenesse che vi siano tipologie di azioni di impugnazione di contratti a tempo determinato in successione che non siano strettamente correlate con il diritto dell'Unione, si aprirebbe, però, una potenziale questione di diritto interno correlata alla differente modalità di utilizzo del termine di decadenza che potrebbe far nascere un problema di ragionevolezza dell'impianto normativo, in ipotesi risolvibile sulla scorta di quanto la Corte costituzionale ha già avuto modo di statuire in relazione alla problematica delle cd. discriminazioni a rovescio (72).

(70) Cass. 8.1.2015, n. 62, cit.

(71) C. Giust. 8.3.2012, *Huet*, C-251/11, punto 4.

(72) Ci si riferisce a quei casi in cui le norme nazionali prevedono un trattamento diverso e meno favorevole per i cittadini dello Stato rispetto ai cittadini dell'Unione, in relazione ai quali la Corte costituzionale ha già avuto modo di ritenere che il principio di non discriminazione stabilito dal diritto dell'Unione europea possa valere «come istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti nel trattato» (Corte cost. n. 443/1997, in *giurcost.org*; Corte cost. n. 514/2000, in *giurcost.org*), con la conseguenza che la norma interna discriminatoria possa essere dichiarata incostituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Boghetich E. (2011), *Tutele dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *ADL*, n. 1, I, 75 ss.
- Bollani A. (2012), *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 310 ss.
- Buffoni M. (2009), *La decadenza in generale*, in Viola L. (a cura), *Prescrizione e decadenza*, Cedam, Padova, 756 ss.
- Curzio P. (2016), *Jobs Act: leggi, decreti, circolari, accordi, sentenze*, Cacucci, Bari, 2016.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Gerardo M. (2015), *La decadenza*, in Gerardo M., Mutarelli A., *Prescrizione e decadenza nel diritto civile*, Giappichelli, Torino, 400 ss.
- Ghera E., Garofalo D. (a cura di) (2015), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs act 2: commento ai decreti legislativi 24 giugno 2015, nn. 80 e 81, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Cacucci, Bari.
- Ghera E., Valente L. (2010), *Un primo commento al collegato lavoro*, in *MGL*, 872 ss.
- Giasanti L. (2011), *Novità in materia di contratti a tempo determinato*, in Mazzotta O. (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Jurismaster editore, Terni, 100 ss.
- Giubboni S. (2013), *Ancora sul regime di impugnazione dei contratti a termine*, in *DRI*, n. 4, 1101 ss.
- Magnani M. (2015), *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel cd. Jobs Act. Il Codice dei contratti*, in *DRI*, n. 4, 961 ss.
- Menghini L. (2012), *L'apposizione del termine*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani M., Carinci F., a cura di M. Martone, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 211 ss.
- Nicolini C.A. (2013), *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, n. 3, I, 609 ss.
- Nicolini C.A. (2014), *L'impatto del «Milleproroghe» sulle discipline delle decadenze per la contestazione di licenziamenti, contratti a termine e dintorni: convince la ricostruzione della Suprema Corte?*, in *RIDL*, n. 4, II, 814 ss.
- Novella M. (2011), *Prescrizione e decadenza*, in Persiani M., Carinci F. (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1990 ss.
- Onida V. (1977), *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 537 ss.
- Roccella M. (1997), *Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *DPL*, n. 33, 3557 ss.
- Roselli F. (2005), *Della decadenza*, in C. Ruperto (diretto da), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano, 2078 ss.
- Scarpelli F. (2011), *Con il «Milleproroghe» rinviata (tra mille dubbi interpretativi) l'efficacia della disciplina delle decadenze del «Collegato lavoro»*, in *Note informative*, n. 51, 1 ss.

- Speziale V. (2012), *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 153, in <http://csdle.lex.unict.it/>.
- Tiraboschi M. (a cura di) (2016), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act: commento sistematico dei decreti legislativi nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015 e delle norme di rilievo lavoristico della legge 28 dicembre 2015, n. 208*, Giuffrè, Milano.
- Tosi P. (2010), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *RIDL*, n. 3, I, 473 ss.
- Visonà S., Perina L. (2014), *Il regime delle impugnazioni e il contenzioso del lavoro*, in Fiorillo L., Perulli A. (diretto da), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 460 ss.
- Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di) (2016), *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Cedam, Padova.

ABSTRACT

Il saggio si sofferma sulla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, che aggrava il regime delle decadenze nei casi di impugnazione di un contratto a tempo determinato. Si evidenzia il rischio che tale normativa possa rendere eccessivamente difficoltoso per il lavoratore tutelare i propri diritti in caso di contratti a termine successivi e si cerca di individuare possibili soluzioni nell'ambito del diritto italiano e del diritto dell'Unione europea.

WORKER PROTECTION, FIXED-TERM CONTRACTS AND TIME LIMITS
FOR EMPLOYMENT TRIBUNAL CLAIMS UNDER THE LEGISLATIVE DECREE N. 81/2015

The essay focuses on the regulations introduced by Legislative Decree n. 81/2015, which prescribes wider time-limits on fixed-term contract. It highlights the risk that such a rule can render excessively difficult for the workers to protect their rights in case of successive fixed-term contracts, trying to find possible solutions within the framework of Italian law and under European Union law.

Antonio Preteroti (*)

QUESTIONI IN TEMA DI DECADENZA
DALL'IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO A TERMINE
E REGIMI SANZIONATORI, TRA VECCHI E NUOVI PROBLEMI

SOMMARIO: 1. Le nuove tendenze della disciplina del contratto a termine. — 2. Dalla decadenza del Collegato lavoro al cd. «Milleproroghe» 2010. — 3. Le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 e dal d.l. n. 76/2013, convertito con l. n. 99/2013: l'innalzamento (non immediato) del primo termine di impugnazione e il contestuale (immediato ma solo temporaneo) ampliamento degli intervalli minimi per i rinnovi contrattuali. — 4. Le azioni di nullità soggette ai termini di decadenza prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015. — 5. Il nuovo ambito di applicazione dei termini di decadenza. — 6. Esigenze di coordinamento tra la vecchia e la nuova disciplina. — 7. Tassatività delle ipotesi di sospensione dei termini di decadenza e irrilevanza del *metus*. — 8. L'operatività della decadenza in ipotesi di riassunzione avvenuta entro i termini di impugnazione del contratto scaduto. — 9. Trasformazione del contratto e indennità omnicomprensiva. — 9.1. Conversione del contratto a termine e contratto a tutele crescenti. — 10. Violazione dei limiti quantitativi, validità del contratto e mancanza di interesse ad agire. — 11. La nullità della clausola appositiva del termine in ipotesi di superamento delle soglie percentuali. — 12. La tutela spettante al lavoratore (anche in ipotesi di contratto valido). — 13. Limiti percentuali e oneri probatori. — 14. Dubbi sulla tenuta interna ed eurounitaria di una disciplina dei limiti quantitativi senza tutele.

1. — *Le nuove tendenze della disciplina del contratto a termine* — Nella regolazione del contratto di lavoro a tempo determinato è subentrato, con tutta la sua forza dinamica, l'istituto della decadenza (1).

Tale istituto, considerato un «pilastro» (2) già in altri settori, ha assunto nel diritto del lavoro una valenza particolare e specifica. Alla tradizionale funzione di assicurare certezza e lealtà tra le parti del rapporto giuridico se n'è aggiunta un'altra. La previsione di un sistema articolato di termini, applicabile a fattispecie eterogenee, diviene un tassello fondamentale del sistema nel controbilanciare il peso economico dei diritti a carico del sistema im-

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Perugia.

(1) Cfr., tra gli altri e con giudizi differenti, Vallebona 2010a, 210 ss.; Pellacani 2010, 215 ss.; Menghini 2011a, 41 ss.; Novella M. 2012, 1990 ss.; Boghetich 2011, 68 ss.

(2) Marra 2012, 45, 55, 255.

presa, quale strumento di emersione del contenzioso e di previsione dei costi (3), nonché del sistema paese, data la sua propensione deflativa (4).

Nel caso del contratto a termine, tuttavia, la generalizzazione dei termini di decadenza (5) si è accompagnata a un processo di forte deregolazione che ha premiato quella tendenza a ridurre il livello di tutela speciale da sempre assicurato dalla materia che accentra la persona del lavoratore (6). Questa traccia evolutiva è particolarmente evidente se si osservano i regimi sanzionatori applicabili, specie in ipotesi di violazione dei limiti quantitativi (v. *infra*, parr. 10 ss.).

Le questioni della decadenza e dei regimi sanzionatori, esaminate nel corpo del presente contributo, si compenetrano formando un quadro «snaturato» sotto più profili, anche di conformità al diritto eurounitario.

2. — *Dalla decadenza del Collegato lavoro al cd. «Milleproroghe» 2010* — L'art. 32, l. n. 183/2010, estendeva ai casi di nullità del termine il regime di decadenza di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale, nonché, in deroga all'art. 2967 c.c. (7), il termine di 270 giorni per il deposito giudiziale.

Tali termini erano applicabili anche ai contratti cessati prima dell'entrata in vigore della legge (24 novembre 2010), cosicché essi andavano impugnati entro il 23 gennaio 2011 (8).

Senonché, per l'effetto dirompente della disposizione, anche verso altri istituti, con l'art. 2, comma 54, il d.l. n. 225/2010, convertito con l. n. 10/2011, aggiungeva all'art. 32 il comma 1-*bis* e prorogava la decorrenza dei suddetti termini al 31 dicembre 2011 (9).

(3) Cfr. Nicolini 2015.

(4) Si veda Di Paola 2015, 51 ss.

(5) Già in passato ci si chiedeva se l'art. 6, l. n. 604/1966, fosse applicabile per analogia anche all'ipotesi di cessazione del contratto a termine (cfr. Montuschi 1986, 308); in senso negativo, salva l'ipotesi in cui il datore avesse intimato un vero e proprio licenziamento sul presupposto dell'illegittimità del termine, *ex multis*, Cass. 21.5.2007, n. 11741, in *LG*, 2007, n. 12, 1250; Cass. 8.10.2002, n. 14381, S.U., in *DPL*, 2002, 3045; Cass. 15.12.1997, n. 12665, in *RIDL*, 1998, II, 546, con nota di Albi. Lettura fatta propria dall'art. 32, comma 3, lett. a, l. n. 183/2010, che ha sottoposto all'onere di impugnativa «i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto»: v. sul punto V. Speciale 2014b, 162.

(6) Mazzotta 2011, XXVII; Giubboni 2012, 422-423.

(7) Cfr. Chiaromonte 2012, 805.

(8) Sulla legittimità costituzionale della norma cfr. C. cost. 21.5.2014, n. 155, in *MGL*, 2014, 564, con nota di Pizzuti.

(9) Per un quadro generale cfr. Tatarelli 2011, 115 ss.; Ianniruberto 2011a, 690 ss.; Menghini 2011b, 123 ss.; Tosi 2011, 15 ss.; Scarpelli 2011; De Michele 2011,

La proroga non poteva né può essere riferita solo ai licenziamenti (10), atteso che tali ipotesi erano già soggette ai termini di decadenza, a pena di ritenere che l'unica ipotesi non soggetta ai termini di decadenza sino al 31 dicembre 2011 fosse l'unica fattispecie già assoggettata al termine di impugnazione (11). Di conseguenza si rendeva necessaria, in via eccezionale, la rimessione in termini di tutti coloro che fossero *medio tempore* decaduti (12).

3. — *Le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 e dal d.l. n. 76/2013, convertito con l. n. 99/2013: l'innalzamento (non immediato) del primo termine di impugnazione e il contestuale (immediato ma solo temporaneo) ampliamento degli intervalli minimi per i rinnovi contrattuali* — Per i contratti a termine cessati dopo il 1° gennaio 2013, la l. n. 92/2012 ha opportunamente raddoppiato il termine di impugnazione stragiudiziale (da 60 a 120 giorni), sia pure riducendo – al contempo e per tutte le fattispecie – quello per l'impugnazione giudiziale a 180 giorni (13).

E tuttavia tale modifica risultava vanificata dal contestuale ampliamento degli intervalli minimi per i rinnovi pari a 60 o 90 giorni. Cosicché, l'impugnazione del contratto continuava a essere, secondo alcuni (14), for-

157 ss.; Biasi 2012, 182 ss.; Bonfrate 2012, 21 ss.; Casola 2012, 1850 ss.; Cavallaro 2013, 1 ss.; Di Paola 2015, 51 ss.

(10) Cass. 7.7.2014, n. 15434, in *Ced Cass.*, 2014; conf. Cass. 23.4.2014, n. 9203, in *FI*, 2014, n. 6, I, 1751.

(11) Da ultimo, con riferimento ai contratti a termine: Cass. 2.7.2015, n. 13563, in *FI*, 2015, n. 9, I, 2718; Cass. 26.10.2015, n. 21769, inedita a quanto consta.

(12) Cfr. Cass. 14.12.2015, n. 25103, in *Ced Cass.*, 2015; T. Roma 3.4.2013, in *RGL*, 2013, n. 4, con nota di Terenzio. A rigore l'istituto della rimessione in termini presuppone che la decadenza sia derivata da una causa non imputabile alla parte (Cass., S. civ., 27.10.2015, n. 21794, in *MGC*, 2015). Cfr. Roselli 2014, 309 ss., in part. 330; Caponi 1996; Caponi 1998, 2658. Nel caso sopra citato la «rimessione» è, invece, un effetto doveroso derivante dalla successiva posticipazione *ex lege* del termine *a quo* di decorrenza.

(13) Art. 1, commi 11 e 12. Per il rispetto del primo termine è sufficiente la consegna dell'atto all'ufficio postale, non rilevando perciò il giorno di ricezione da parte del datore; il secondo decorre dal momento dell'impugnativa (Cass. 14.4.2010, n. 8830, S.U., in *ADL*, 2011, n. 3, II, 645 ss., con nota di Laforgia; Cass. 20.3.2015, n. 5717, in *LG*, 2015, n. 8-9, 824, con nota di Romeo).

(14) Speciale 2012; Giubboni (2012, 428-429), che segnala una potenziale violazione sia di norme di rango costituzionale, sia del principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza, sia della clausola di non regresso nella Direttiva n. 1999/70. Ma già prima, con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., Roccella 2011, 11 ss.; Lamberti 2011, 260; Ianniruberto 2011b, 233; Menghini 2011b, 134 ss.; Gragnoli 2011, 248. *Contra*, Vallebona 2010b, 904; Tosi 2010, 476; De Angelis 2010, 11-12.

temente condizionata, con annessa compressione del diritto di difesa del lavoratore nella misura in cui avrebbe reso l'azione in giudizio estremamente difficile (15).

Inoltre, l'assenza di coordinamento tra le due discipline potrebbe aver generato una situazione censurabile sul piano costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza, dato che il differimento dell'entrata in funzione del termine lungo per impugnare, dal 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della legge n. 92) al 1° gennaio 2013, non ha riguardato i rapporti nel frattempo cessati. Sino al 31 dicembre 2012, infatti, il lavoratore avrebbe dovuto impugnare la clausola del termine entro 60 gg. dalla cessazione del rapporto, ossia prima della scadenza del termine per il rinnovo, in aperto contrasto con le intenzioni dichiarate dal Governo, secondo cui la modifica dei termini di decadenza è stata il frutto del prolungamento degli intervalli tra un contratto a termine e l'altro (16).

Dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 76/2013 (che ripristina gli intervalli di 10 e 20 giorni), il lavoratore, anche qualora attendesse il rinnovo, avrebbe in ogni caso almeno 100 giorni per decidere se impugnare o no.

4. — *Le azioni di nullità soggette ai termini di decadenza prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015* — Occorre ora soffermarsi sulle azioni soggette ai termini di decadenza: tema sul quale si osservano posizioni differenti.

L'art. 32, comma 3, lett. a, l. n. 183/2010, contemplava soltanto i casi di nullità del termine di cui agli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, relativi alla stipula del primo contratto, alla disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo, i servizi aeroportuali e postali, nonché alla proroga.

Attenendosi a un'interpretazione letterale della norma, si poteva sostenere che in tutti gli altri casi (ad esempio, violazione dei divieti, mancato rispetto degli intervalli minimi ovvero della regola dei 36 mesi) il lavoratore potesse far valere la nullità senza sottostare al doppio termine di decadenza (17), e ciò in ragione della gravità di queste violazioni (18).

(15) Cfr., anche con riferimento a un potenziale contrasto con l'art. 111, T. Torino 1.8.2014, n. 1375, in *DeJure*; C. App. Ancona 6.8.2014, n. 546, in *DeJure*. Se n'è fatta però derivare non l'incostituzionalità, bensì l'eccezionalità del regime con soluzioni che non sacrificassero gli interessi del soggetto onerato dal rispetto dei termini.

(16) Si veda la relazione del Consiglio dei ministri del 23 marzo 2012.

(17) Cfr. Giubboni 2011; Corvino 2010, 84; Lamberti 2011, 251 ss.; Pandolfo 2014, 125. Cfr. anche T. Cosenza 13.12.2013, in *RGL*, 2014, n. 2, 338 ss., con nota di Villa.

(18) Speciale 2014b, 164.

Accogliendo questa tesi, in tali ipotesi rimaneva possibile al datore eccipere solo l'eventuale risoluzione per mutuo consenso (19).

Di converso, attenendosi a una lettura di ordine logico-sistematico, il richiamo agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368, andava riferito non già ai motivi di nullità, bensì ai contratti stipulati in base a tali norme, con conseguente espansione dell'ambito di operatività della decadenza a qualsivoglia ipotesi di illegittima apposizione del termine (20).

5. — *Il nuovo ambito di applicazione dei termini di decadenza* — La formulazione onnicomprensiva dell'art. 28, d.lgs. n. 81/2015 («l'impugnazione del contratto»), pone fine alla diatriba e permette di ritenere assoggettabili ai termini di decadenza, decorrenti dalla cessazione del rapporto, tutte le ipotesi di nullità del termine.

Si potrebbe ritenere salva, ossia non soggetta alle decadenze, l'ipotesi della violazione dei limiti quantitativi (v. *infra*, parr. 10 ss.) per lo stretto collegamento tra il comma 1 dell'art. 28, riguardante il doppio termine di impugnazione, e il comma 2, riferito ai soli casi di trasformazione: conseguenza espressamente esclusa dall'art. 23, comma 4, in ipotesi di superamento delle soglie quantitative. E tuttavia occorre considerare: a) che la nuova formulazione dell'art. 32 ricomprende le impugnazioni del contratto senza ulteriori qualificazioni, laddove, ad esempio, per la somministrazione irregolare l'ambito di applicazione della decadenza è circoscritto espressamente alla richiesta di costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore (cfr. art. 39, d.lgs. n. 81); b) ragioni di sistema, in virtù delle quali è ormai certa l'applicabilità dei termini di decadenza anche ai rapporti di lavoro pubblici, come noto non tutelati dalla conversione (21).

In definitiva, nessuna ipotesi di nullità del termine si sottrae ai nuovi termini di decadenza.

È comunque possibile domandare l'accertamento, *incidenter tantum* (22), della nullità del termine, pur sempre utile a dimostrare (ad esempio)

(19) Sui margini di operatività dell'istituto v. Cass. 7.1.2015, n. 24, in *DPL*, n. 11, 2015, 679; Cass. 28.1.2014, n. 1780, in *FI*, 2014, n. 6, I, 1865. Cfr. inoltre Cass. 5.4.2011, n. 7745, in *Ced Cass.*, 2011, secondo cui le dimissioni nel corso dell'ultimo di una serie di contratti a termine non impediscono automaticamente e necessariamente la conversione; *contra*, C. App. Roma 29.5.2000, in *MGL*, 2001, 337, con nota di Tatarelli.

(20) Cfr. Tosi 2010, 473 ss.; Mimmo 2011, 87 ss.; T. Milano 4.4.2014, in *LG*, 2014, n. 8-9, 826.

(21) Da ultimo, Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., inedita a quanto consta.

(22) In materia cfr. Satta 1958, 245 ss.; Ricci 1987, 16 ss.; Menchini 1995, 1 ss.; Montesano 1998, n. 5-6; Locatelli 2008, 3 ss.

il danno ulteriore alla professionalità e/o alla personalità del lavoratore. Ciò presuppone che la decadenza abbia a oggetto la possibilità di rivendicare la tutela tipica ricollegata a una violazione (di natura reale e/o risarcitoria), senza impedire una valutazione della situazione sostanziale sottostante (23).

A sostegno depongono due ragioni. Da una parte, la decadenza non è una causa generale di estinzione dei diritti, ma deriva da singole disposizioni che riguardano specifici vantaggi giuridici (24). Dall'altra, il sistema delle decadenze pare diretto a evitare il pregiudizio economico-organizzativo che deriva al datore dal ritardo nell'azionare una determinata posizione sostanziale (25).

Un problema analogo di rilievo incidentale dell'illegittimità del termine si pone per l'accesso alle tutele crescenti di quei lavoratori con contratti in essere alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 e successivamente «convertiti» a tempo indeterminato per volontà delle parti (art. 1, comma 2). È dubbio, con riferimento a simili ipotesi, se il lavoratore già parte di un contratto a termine illegittimo, seppur decaduto dalla relativa azione, possa farne riconoscere incidentalmente la nullità al fine diverso di dimostrare, a fronte di un licenziamento, che avrebbe diritto alle tutele dell'art. 18 St. lav. pur risultando formalmente assunto a tempo indeterminato dopo il 6 marzo 2015. L'operazione pare in astratto praticabile solo nelle ipotesi in cui il vizio sia maturato prima del 7 marzo 2015 (v. par. 9.1).

6. — *Esigenze di coordinamento tra la vecchia e la nuova disciplina* — L'assenza di un regime transitorio pone problemi di coordinamento tra la vecchia e la nuova normativa, almeno nella misura in cui si acceda alla tesi secondo la quale, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, le uniche azioni soggette ai termini di decadenza fossero quelle di cui agli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001.

In questo caso, a stretto rigore, ai contratti stipulati in violazione degli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 368, e già cessati alla data di entrata in vigore del d.lgs.

(23) Si segnala però come la preclusione derivante dalla decadenza in qualche caso ha impedito anche l'accertamento incidentale, che peraltro sarebbe stato decisivo: cfr. Cass. 12.8.2015, n. 16757, in *FI*, 2015, n. 10, I, 3101.

(24) Così, ad esempio, in materia di licenziamento, la decadenza maturata preclude l'accesso alle tutele contro il recesso illegittimo ma non la domanda relativa all'indennità di mancato preavviso (Cass. 2.2.1976, n. 339, in *FI*, 1992, I, 2560; Cass. 2.9.2014, n. 18522, in *bollettinoadapt.it*; Cass. 5.2.1985, n. 817, *MGI*, 1985).

(25) Sempre in materia di licenziamento, Cass. 12.10.2006, n. 21833, in *RIDL*, 2007, II, 958.

n. 81 non si dovrebbero applicare i termini di decadenza, risultando semmai invocabile dal datore la risoluzione per mutuo consenso (26).

Viceversa, i termini di decadenza si applicano anche in ipotesi di violazione della disciplina dei divieti, degli intervalli minimi e della durata massima complessiva dei rapporti per tutti i contratti cessati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81. Perciò anche i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 e poi prorogati saranno assoggettabili al nuovo regime con decorrenza *ratione temporis* dal giorno della cessazione, in ragione del principio *tempus regit actum*.

7. — *Tassatività delle ipotesi di sospensione dei termini di decadenza e irilevanza del metus* — Resta da chiedersi se sia possibile invocare la sospensione della decadenza in ipotesi di successione di contratti a termine per via del presunto *metus* subito dal lavoratore.

Di fatto, in tali ipotesi, il lavoratore rimane inerte onde non entrare in un conflitto controproducente. Ciò non esclude tuttavia che il termine decorra regolarmente.

In materia di decadenza trovano applicazione le norme sulla prescrizione, a eccezione di quelle relative a interruzione e sospensione (artt. 2941 e 2943 c.c.), come si evince dall'art. 2964 c.c. La sospensione del termine di decadenza è prevista dalla legge in casi eccezionali, spesso coincidenti con impedimenti obiettivi dovuti a caso fortuito o forza maggiore, o per incentivare metodi di composizione stragiudiziale (art. 410, comma 2, c.p.c.), o comunque per ragioni equitative (27).

Il termine decorre pertanto, e di regola, insensibile alle vicende soggettive delle parti, trattandosi di un tempo continuo e unitario (salva eccezionale sospensione) che prosegue, in assenza di specifico atto impeditivo, fino alla scadenza perentoria e finisce per condonare eventuali irregolarità (28): il lavoratore, mentre attende il rinnovo, oltre il centoventesimo giorno decade dall'impugnazione del singolo contratto.

E tuttavia, la parziale decadenza dall'impugnazione del singolo contratto, segmento di una sequenza di rapporti, non impedisce la loro valutazione complessiva al fine di verificare l'osservanza delle norme (anche di derivazione comunitaria) sulla successione dei contratti. Quindi, in ipotesi, se il lavoratore non potrà più invocare la trasformazione con riferimento al

(26) Cfr. nota 19.

(27) Cfr., sulla natura dell'istituto, Tedeschi 1962, 770 ss.; Romano 1964, 173; Roselli, Vitucci 1985; Panza 1989, 132; Roselli 2009, 528 ss.; Roselli 2014, 310.

(28) Rolfi 2013, 3769 ss., in particolare 3770.

singolo contratto per il quale sia incorso in decadenza, potrà proporre l'impugnazione per violazione del limite dei 36 mesi, nel termine di legge decorrente dalla cessazione dell'ultimo rapporto della serie (29).

8. — *L'operatività della decadenza in ipotesi di riassunzione avvenuta entro i termini di impugnazione del contratto scaduto* — È ancora da comprendere quale rilievo abbia una nuova assunzione intervenuta nel periodo di decorrenza dei termini per impugnare il precedente contratto.

Infatti, la decadenza preclude l'accesso a misure sanzionatorie, le quali però attuano la direttiva europea in quanto dirette a rendere effettive misure limitative della successione dei contratti. In questo senso l'introduzione di termini rigidi sarebbe in contrasto con le esigenze di tutela derivanti dalla Direttiva n. 1999/70, residuando spazi per la disapplicazione – o per la rimessione in termini – ogniqualvolta si valutasse un'eccessiva difficoltà, in concreto, nell'esercizio di quei diritti (30).

Un'apertura più netta si coglie in una recente pronuncia: «si può ritenere che l'impugnazione afferente l'ultimo contratto estenda a ritroso i suoi effetti su tutti i contratti in precedenza stipulati, sul presupposto che il lavoratore entro il suddetto termine non avesse avuto interesse a impugnare essendo stato riassunto» (31).

Tale ricostruzione non convince a pieno, in quanto il lavoratore «riassunto» a termine non perde l'interesse a far valere le violazioni che gli consentirebbero di ottenere la stabilizzazione del rapporto: ciò potrebbe valere, al più, qualora vi sia stata un'assunzione a tempo indeterminato.

Ciò non priva di rilevanza, ai fini della decadenza, le condotte negoziali concludenti tenute dalle parti durante il corso di detti termini. È però dubbio se la nuova assunzione possa configurare una rinuncia *ex art.* 2968 c.c., con effetti abdicativi, ovvero un riconoscimento del diritto *ex art.* 2966 c.c., con effetti impeditivi analoghi all'impugnazione.

Per verificare se la decadenza sia rinunziabile va chiarito preliminarmente

(29) Cfr. Lamberti 2011, 260; Gragnoli 2011, 248; e v. anche Giubboni 2012, 425.

(30) Roselli 2014, 313, secondo cui l'art. 2965 c.c. avrebbe portata generale, a tutela di norme costituzionali e comunitarie. A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale (10.6.1966, n. 63) aveva del resto modellato il regime della prescrizione dei crediti retributivi sul regime decadenziale dell'art. 2113 c.c., elevando al rango di valore costituzionale la debolezza contrattuale del lavoratore. *Sub art.* 2113 c.c., e in particolare sulla decorrenza del termine di decadenza in ipotesi di successione di rapporti, cfr. Pera 1990, 73. In materia di contratto a termine, già prima del d.lgs. n. 81/2015, Mimmo 2011, 91; e Giubboni 2012, 425 e 430, *sub nota* 16.

(31) Cfr. T. Brescia 18.6.2015, n. 391, inedita a quanto consta.

te se la disciplina in esame sia stabilita o no «in materia sottratta alla disponibilità delle parti» (32). Tale formula, rinvenibile negli artt. 2968 e 2969 c.c., si riferisce a quelle decadenze di ordine pubblico per un «interesse superiore» (33) più specifico del generico interesse alla certezza delle relazioni sociali. Si tratta perciò di capire se la decadenza in esame tuteli un interesse di ordine pubblico e non un mero interesse privato, di talché l'eccezione di decadenza, ai sensi dell'art. 2969 c.c., sarebbe rilevabile d'ufficio e irrinunciabile (34). Ma tale soluzione viene generalmente esclusa (35). Allora, una volta scartata la rilevabilità d'ufficio e con essa «l'indisponibilità» della materia, si dovrebbe ammettere che le parti possano modificare convenzionalmente la disciplina legale della decadenza, *ergo* rinunciare in ogni momento alla relativa eccezione, con il solo limite dell'art. 2965 c.c.

Inoltre, se l'atto abdicativo è astrattamente possibile anche *per facta concludentia* in analogia con l'art. 2937, comma 3, c.c. (36), resta dubbio se alla rinuncia sia analogicamente applicabile anche il comma 2 della medesima disposizione, che autorizza a rinunciare solo alla decadenza già «compiuta» (37). Pare preferibile una risposta negativa, giacché la norma citata in ultimo appare «dettata in esclusiva correlazione al fondamento d'ordine pubblico della prescrizione» (38). Così la nuova assunzione a tempo determinato prima dello spirare del termine per impugnare può concretare un'implicita rinuncia, ma resta in capo al prestatore l'onere di dedurre e provare che il comportamento del datore esprima l'univoca volontà di non avvalersi dell'eccezione di decadenza.

(32) Cass. 12.5.2015, n. 9622, in *Ced Cass.*, 2015.

(33) Santoro Passarelli F. 1985, 123.

(34) C. App. Torino 6.5.2014, in *NNG*, 2014, n. 2, 447, alla luce di principi riscontrabili anche in Cass. 5.11.2015, n. 22627, in *FI*, 2015, n. 12, I, 3801, e C. cost. 21.5.2014, n. 155, cit.

(35) Cfr., sulla scorta di una giurisprudenza che s'era pronunciata sul testo previgente dell'art. 6 (Cass. 19.12.1985, n. 6514, in *RIDL*, 1987, II, 215; conf. Cass. 27.2.1997, n. 1788, in *MGI*, 1997), Amoroso 2012, 445 ss., *ivi*, 455; Nicolini 2015. Cfr. inoltre Cass. 23.9.2011, n. 19405, in *MGC*, 2011, n. 9, 1330; Cass. 11.12.2015, n. 25046, in *LG*, 2016, n. 3, 303; T. Reggio Calabria 15.6.2014, in *DeJure*; C. App. Palermo 18.9.2014, n. 1650, inedita a quanto consta. Analogamente, nell'ipotesi di decadenza *ex art.* 2113 c.c., la materia, nel senso degli artt. 2968 e 2969 c.c., è stata ritenuta nella «disponibilità» delle parti e l'eccezione non rilevabile d'ufficio: C. App. Potenza 30.7.2014, n. 398, in *Lex24*; Ciucciovino 2014, 1552; Pera 1990, 73.

(36) Cass. 24.4.1998, n. 4219, in *MGC*, 1998, 877.

(37) In senso affermativo Roselli 2014, 342. In tal caso avrebbe rilevanza solo una riassunzione successiva al decorso dei termini, ma sarebbe assai difficile «desumere» da quella condotta una rinuncia.

(38) Cfr. Panza 1989, 140. e Tedeschi 1962, 789.

Diversa è l'ipotesi del «riconoscimento del diritto» *ex art.* 2966 c.c., ammesso purché il termine sia stabilito «dal contratto o da una norma di legge relativa a diritti disponibili».

A dispetto della rubrica dell'art. 2968 c.c., la giurisprudenza distingue tra le nozioni di «diritto indisponibile» e «materia sottratta alla disponibilità delle parti», di talché, pur attribuendo carattere indisponibile alla «materia» con gli effetti sopra esaminati (l'immodificabilità, l'irrinunciabilità, la rilevabilità d'ufficio della decadenza), considera «disponibili» (39) – e perciò suscettibili di riconoscimento impeditivo – i diritti derivanti dall'illegittimità del termine.

Per tale ragione non può escludersi *a priori* che fenomeni come la riasunzione (*a fortiori* a tempo indeterminato) integrino un riconoscimento del diritto alla prosecuzione del rapporto, con effetti impeditivi analoghi all'impugnazione (40).

9. — *Trasformazione del contratto e indennità omnicomprensiva* — Chiarita l'operatività dei termini di decadenza, si possono esaminare le tutele predisposte dall'ordinamento per le violazioni che l'impugnazione mira a far valere (41).

L'apposizione del termine in assenza dei presupposti di legge comporta la conversione (42) del contratto a termine in contratto a tempo indeter-

(39) Parafrasando l'art. 2966 c.c. Cfr. Cass., S. civ., 26.8.1997, n. 8014, in *MGI*, 1997; Cass. 4.7.1989, n. 3197, S.U., in *GC*, 1990, I, 760. La formula «diritti disponibili» dell'art. 2966 c.c., che circoscrive l'ambito dell'effetto impeditivo del riconoscimento, si richiama *a contrario* al comma 2 dell'art. 2934 c.c., che esenta dalla prescrizione i «diritti indisponibili» ed è tale da ricomprendere i diritti che sono solo «relativamente indisponibili» *ex art.* 2113 c.c.: «tali in un determinato momento del loro sorgere o per un certo tempo della loro vita, ma non oltre tali momenti, per cui il rilievo del mancato esercizio della facoltà d'impugnazione relativa è affidato all'iniziativa della parte interessata» (Cass. 29.9.2011, n. 19405, in *GCM*, 2011, n. 9, 1330).

(40) T. Milano 14.9.2012, in *RCDL*, 2012, n. 4, 941 ss., con nota di Paulli. Ma cfr. Roselli (2014, 341), secondo cui ciò sarebbe precluso allorché la decadenza possa essere impedita (in via definitiva) solo dall'introduzione del giudizio, come è nell'attuale formulazione dell'art. 6 della l. n. 604/1966.

(41) Non sono sempre state evidenti le conseguenze derivanti dalla violazione. Sotto la vigenza della l. n. 230/1962 si era paventata l'ipotesi che al contratto a termine nullo trovasse applicazione il regime speciale dell'art. 18, l. n. 300/1970, in forza di un'applicazione analogica che avrebbe assicurato parimenti l'applicazione del termine caducatorio dell'art. 6 della l. n. 604, rivelatasi invero non percorribile (cfr. anche nota 5, nonché, per tutti, Menghini 2000, 167 ss., e la giurisprudenza ivi citata).

(42) Il legislatore, invero, usa il termine «trasformazione», come Cass. 21.5.2008, n. 12985, in *RIDL*, 2008, IV, 891; diversamente da Cass. 8.10.2002, n. 14381, S.U., cit., e Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U. Cfr. sul punto Tiraboschi (2015a, 13), secon-

minato. La Cassazione ha accolto tale interpretazione ricavando l'effetto legale sostitutivo dapprima dal «sistema» (43), poi dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010.

Attualmente, ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, nei casi di trasformazione del contratto, al lavoratore spetta un'indennità onnicomprensiva tra 2,5 e 12 mensilità (44), da determinarsi in virtù dei criteri dell'art. 8, l. n. 604, *ergo* in base alle peculiarità delle singole vicende (45).

La disposizione replica le previsioni dell'ormai abrogato art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, ritenuto costituzionalmente legittimo perché adeguato, nell'insieme, a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi (46): per un verso, garantisce al lavoratore la conversione, unitamente a un'indennità (47); per altro, assicura al datore la predeterminazione delle somme dovute.

L'indennità ristora il pregiudizio subìto, anche in termini retributivi e contributivi, tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale viene ricostituito il rapporto per l'allontanamento dal lavoro, tanto se unico quanto se ripetuto, di modo che per i periodi di non lavoro è prevista solo l'indennità. Al contrario, per i periodi di lavoro il prestatore ha diritto a essere retribuito e a vedersi riconosciuta l'anzianità di servizio (48).

do cui quell'indicazione più generica e meno tecnica dipenderebbe dal «tentativo, invero maldestro e in contrasto con le regole del diritto civile, di porre riparo alla dubbia disposizione sul campo di applicazione del contratto a tutele crescenti».

(43) *In primis*: Cass. 21.5.2008, n. 12985, cit.; Cass. 18.1.2010, n. 629, in *www.legge-e-giustizia.it*; Cass. 26.1.2010, n. 1576 e n. 1577, in *GLav*, 2010, n. 9, 14 ss.; Cass. 21.11.2011, n. 24479, cit.

(44) Mentre, come noto, sino all'entrata in vigore dell'art. 32, l. n. 183, la conversione comportava, dalla data di messa a disposizione delle energie lavorative, il diritto al risarcimento del danno sia pure quantificato sulla base della retribuzione perduta, da cui scomputare l'eventuale *aliunde perceptum* (Cass. 28.1.2011, n. 2112, in *MGL*, 2011, 41, con nota di Vallebona; Cass. 8.10.2002, n. 14381, S.U., cit.). Per la natura retributiva di tali somme Speciale 1992, 296 ss.

(45) Per tutte Cass. 7.9.2012, n. 14996, in *DRI*, 2013, n. 3, 761 ss., con nota di de Mozzi.

(46) Cfr. C. cost. 11.11.2011, n. 303, e C. cost. 25.7.2014, n. 226. Cfr., inoltre, C. Giust., 12.12.2013, C-361/12, con nota di Carratù. In dottrina, con giudizi differenti, Menghini 2011c, 336 ss.; Pisani 2011, 325 ss.; Bollani 2011, 1103 ss.; Emiliani 2011, 205 ss.

(47) Senza possibilità di detrarre l'*aliunde perceptum*: Cass. 14.7.2014, n. 16097, e Cass. 29.5.2013, n. 13404, entrambe in *www.legge-e-giustizia.it*.

(48) Di questo avviso Cass. 28.5.2015, n. 11077, in *www.legge-e-giustizia.it*; Cass. 12.1.2015, n. 262, in *LG*, 2015, n. 4, 415; Cass. 16.6.2014, n. 13630, in *RGL*, 2014, n. 4, 594 ss., con nota di Giasanti; v. anche Menghini 2011b, 123 ss. Ma v. Vallebona (2012, 22), secondo cui l'esclusione dell'obbligo contributivo e la parola ricostituzio-

Dalla data della sentenza il datore di lavoro è invece indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute (49).

Inoltre, il sistema sanzionatorio introdotto dalla l. n. 183/2010 si applica a tutti i giudizi – anche di legittimità (50) – pendenti alla data di entrata in vigore, all’ovvia condizione che sussista un motivo di impugnazione del capo relativo all’aspetto risarcitorio (51).

Diversamente, l’indennità introdotta dal d.lgs. n. 81, commisurata all’ultima retribuzione utile per il calcolo del Tfr e non più all’ultima retribuzione globale di fatto, è applicabile a prescindere dalla data di costituzione del rapporto, per le sole violazioni consumate dopo l’entrata in vigore del decreto (25 giugno 2015), attesa la natura «sostanziale» dell’art. 28, comma 2 (52).

A ogni modo, l’indennità di cui si discute va annoverata tra i crediti di lavoro ex art. 429, comma 3, c.p.c., con la conseguenza che al lavoratore spettano interessi e rivalutazione solo dopo la data della sentenza, trattandosi di liquidazione forfettaria e onnicomprensiva (53).

9.1. — *Conversione del contratto a termine e contratto a tutele crescenti* —
Le tutele contro i licenziamenti illegittimi introdotte dal d.lgs. n. 23/2015 si applicano anche nei casi di conversione di contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato successiva al 6 marzo 2015, ai sensi dell’art. 1, comma 2.

ne sottointendono un’invalidità speciale con efficacia *ex nunc*, con conseguente impossibilità di ritenere esistente il rapporto durante il periodo coperto dall’indennità, ergo di far decorrere l’anzianità.

(49) Cass. 14.7.2014, n. 16097, cit.; Cass. 2.4.2012, n. 5241, in *RGL*, 2012, n. 3, 493 ss., con nota di Aiello. *Contra*, in precedenza, C. App. Roma 2.2.2012 e C. App. Torino 20.12.2011, entrambe in *RGL*, 2012, n. 3, 493 ss., secondo le quali l’indennità copriva il periodo intercorrente tra la scadenza del termine e la data di deposito del ricorso; di diverso avviso, ma nel senso che l’indennità si aggiungeva al risarcimento delle retribuzioni non corrisposte a partire dall’offerta della prestazione lavorativa al datore di lavoro: T. Reggio Emilia 28.4.2011; T. Busto Arsizio 29.11.2010, entrambe in *FI*, 2011, n. 6, I, 1743 ss., con nota di Perrino.

(50) Cass. 30.6.2015, n. 13383, in *www.bollettinoadapt.it*; Cass. 16.6.2014, n. 13630, cit.

(51) Cass. 16.1.2014, n. 790, in *www.legge-e-giustizia.it*.

(52) Ma v. Cass. 20.10.2015, n. 21266, in *FI*, 2015, n. 11, I, 3425, che invero si riferisce ai contratti di lavoro stipulati (e non alle violazioni consumate) dopo l’entrata in vigore del decreto del 2015.

(53) Cass. 7.1.2015, n. 24, in *DPL*, n. 11, 2015, 679 ss.; Cass. 11.2.2014, n. 3027, in *FI*, 2014, n. 4, I, 1129.

La disposizione si presta a più interpretazioni. Lo stesso termine «conversione» – lemma tecnico e già in uso per identificare la sanzione giudiziale –, potrebbe essere stato utilizzato anche in un’accezione differente di patto modificativo intercorso tra le parti per eliminare la clausola del termine.

Secondo una prima lettura, il legislatore avrebbe accomunato i due casi della conversione negoziale e giudiziale, «dovendosi però far attenzione nel caso di conversione giudiziale alla data della disposta conversione che, con tutta evidenza, non coincide con quella della decisione» (54).

Una diversa dottrina interpreta con maggior rigore tecnico il termine «conversione», riferibile alla sola ricostituzione giudiziale del rapporto a tempo indeterminato con effetto dalla data della sentenza (55). A tale interpretazione non osta il richiamo, nell’art. 28, d.lgs. n. 81/2015, al termine «trasformazione», diverso dall’espressione «conversione» ma capace di contenerla (56).

Secondo tale tesi, il lavoratore interessato da una conversione negoziale resterebbe allora un «vecchio assunto» estraneo al campo di applicazione del d.lgs. n. 23.

Quest’ultima lettura appare meno condivisibile perché, nell’escludere la conversione negoziale, non valorizza la *ratio* legislativa, di promozione della disciplina delle tutele crescenti ed estensione a lavoratori prima esclusi dall’art. 18 St. lav. Inoltre, proprio con riferimento alle ipotesi di conversione giudiziale, si richiama alla tesi della ricostituzione *ex nunc* (dalla data della sentenza e con fonte in essa), in contrasto con i tipici effetti ripristinatori del rapporto di lavoro a tempo indeterminato derivanti dalla nullità per violazione di regole d’uso della flessibilità a termine (57).

Si è anche ritenuto in senso opposto che il termine conversione sia stato usato dal legislatore in modo a-tecnico solamente per identificare, nell’ambito del contratto a termine, la conversione volontaria e, nell’ambito dell’apprendistato, la prosecuzione naturale del rapporto dopo la fine del periodo di formazione (58). La disposizione incentiverebbe così il passaggio diretto dei rapporti «instabili» in essere al nuovo contratto a tutele cre-

(54) Boscati 2015, 1035.

(55) Tiraboschi 2015b, 518 ss. Sulla scia di quanto ritenuto da Vallebona 2012, 22. Secondo Ciucciovino (2015, 618), peraltro, l’espressione «trasformazione» sarebbe maggiormente «compatibile con la novazione del rapporto che deriva dall’ordine giudiziale».

(56) Tiraboschi, 2015b, 521-522.

(57) Cfr. la giurisprudenza citata nella nota 48 sulla maturazione degli scatti di anzianità nei periodi precedenti lavorati. V. inoltre Menghini 2015, 170.

(58) Cfr. Maresca 2015, 12-13. Cfr. inoltre Miscione 2015, 741 ss.

scenti per evitare che le imprese preferiscano risolvere il rapporto di lavoro prima di riassumere (lasciando spirare il termine o *ex art.* 2118 c.c.) (59).

Inoltre, il riferimento nell'art. 1, comma 7, lett. c, l. n. 183/2014, alle «nuove assunzioni», porrebbe in dubbio la legittimità costituzionale del decreto per eccesso di delega *ex art.* 76 Cost., in quanto i lavoratori a termine già in forza presso l'impresa non sarebbero in effetti «nuovi» (60).

Perciò nel novero dei casi che ricadono sotto l'ombrello dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23 non rientrano le conversioni giudiziali, con l'eccezione di quelle disposte su contratti a termine stipulati prima della suddetta data ma per violazioni verificatesi successivamente (ad esempio, continuazione oltre la scadenza *ex art.* 22, d.lgs. n. 81) – ipotesi prive di interferenze con la delega –, mentre vi rientrerebbero i contratti a tutele crescenti frutto di «conversioni» volontarie di rapporti a termine legittimi successive al 6 marzo (61).

Viceversa, qualora il contratto a termine si riveli illegittimo, il patto modificativo individuale non potrebbe sanarne la nullità e sorgerebbe in questo caso, all'esito della «ricostituzione» del rapporto pronunciata con sentenza, l'esigenza di retrodatare il momento di effettiva «assunzione». Il lavoratore titolare di un rapporto a tempo indeterminato ricostituito *ex tunc* avrebbe diritto alle tutele previgenti (*ex art.* 8, l. n. 604, ovvero *ex art.* 18 St. lav., nei rispettivi campi di applicazione).

Non rientrano ovviamente nei casi di conversione ai quali si riferisce il d.lgs. n. 23 le assunzioni a tempo indeterminato successive allo spirare del termine apposto al precedente contratto, in quanto configurabili esse stesse come «nuove assunzioni».

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, un discorso a parte va fatto per i contratti a termine illegittimi. Dal momento della cessazione del rapporto opera una decadenza che può essere interrotta impugnando il contratto nelle forme e nei modi dell'art. 6, l. n. 604, ciò che appare improbabile se nel frattempo il lavoratore è stato assunto a tempo indeterminato. La medesima decadenza potrebbe tuttavia considerarsi impedita o rinunciata per effetto della nuova assunzione (v. par. 8), di talché il lavoratore neoassunto a tempo indeterminato ma già titolare di un contratto a termine invalido potrebbe ancora rivendicare la ricostituzione del rapporto a tempo indeterminato in data anteriore al 7 marzo e, con essa, le vecchie tutele.

(59) In tal senso ancora Maresca 2015, 13; e Santoni 2015, 119. La ritiene pressoché inutile Gentile 2015, 61.

(60) Garilli 2015, 215 ss., *ivi*, 219, nota 10; Speziale 2015, 18. Sulla questione v. anche Cester 2015, 25-27.

(61) Così anche Magnani 2015.

10. — *Violazione dei limiti quantitativi, validità del contratto e mancanza di interesse ad agire* — Il d.lgs. n. 81/2015 apporta una rilevante novità in merito alle conseguenze derivanti dalla violazione dei limiti percentuali. L'art. 23, comma 4, precisa infatti che in tale ipotesi resta esclusa la conversione del contratto, ragion per cui, dal 25 giugno 2015 la sanzione amministrativa pare l'unica conseguenza negativa di un utilizzo di contratti a termine oltre il limite (62).

E tuttavia uno dei problemi più delicati continuerà a concernere le sorti del contratto stipulato in violazione dei limiti quantitativi.

Secondo una tesi, il costruito del d.lgs. n. 81 presupporrebbe la validità della clausola appositiva del termine con riferimento alla specifica violazione in esame (63).

Del resto, per la giurisprudenza, la nullità virtuale si ricollega a casi di contrarietà a norme imperative attinente a elementi intrinseci del contratto (64), ciò che il limite percentuale potrebbe non essere, data la sua valenza «esteriore» e generale.

Da questa ricostruzione si dovrebbe dedurre che, per la violazione del limite percentuale, l'ordinamento interno non prefiguri alcuna tutela e che, di conseguenza, il lavoratore non abbia titolo per far accertare giudizialmente tale violazione, per mancanza di interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c.: l'interesse ad agire si riconnette infatti all'utilità in concreto che si vuole trarre dall'azione (65) e che, in assenza di tutele specifiche, sarebbe inafferrabile.

Tale ricostruzione non pare l'unica percorribile.

11. — *La nullità della clausola appositiva del termine in ipotesi di superamento delle soglie percentuali* — Dall'apposizione del termine in violazione

(62) Sull'applicabilità della conversione nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del d.l. n. 34/2014 e la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, cfr. Zilio Grandi, Sferrazza 2014, 7 ss.; Tiraboschi, Tomassetti 2014, 12 ss.; Albi 2014, 132; Gragnoli 2014, 436; Preteroti 2014, 67 ss.; Leone 2014, 4, 741; Campanella 2015, 184 ss. *Contra*, tra gli altri, Magnani 2014, 9; Romei 2014, 689. Sui margini di operatività della sanzione amministrativa cfr. circ. min. 30 luglio 2014 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, da doversi ritenere «di fatto» vincolante, almeno per gli ispettori, ossia per gli unici soggetti deputati all'irrogazione.

(63) V. l'iter parlamentare che ha caratterizzato la legge di conversione n. 78/2014 e in particolare l'impegno del Governo ad adottare atti interpretativi utili in tal senso. Cfr. inoltre Menghini 2014, nota 53.

(64) Cass. 29.9.2005, n. 19024, S. civ., in *GI*, 2006, n. 8-9, 1599.

(65) La giurisprudenza di merito, infatti, ricollega il difetto di interesse ad agire all'ipotesi in cui la parte ricorrente non abbia avanzato nelle conclusioni finali alcuna richiesta di tutela (T. Firenze 6.11.2014, n. 1072, in *Lex24*).

dei limiti percentuali deriva il vizio tipico della nullità della clausola. La nullità è virtuale, in quanto il legislatore ha disposto un divieto (per garantire la forma comune del contratto a tempo indeterminato: art. 1, d.lgs. n. 81/2015) senza specificare la sanzione il cui contenuto è ricavabile dalla qualificazione e interpretazione della disposizione violata. Si tratta infatti di un divieto solo in apparenza estrinseco rispetto alla formazione del negozio, nella quale confluiscono esigenze di rispetto di un contesto ordinamentale improntato alla garanzia di un utilizzo non improprio del negozio a opera del datore.

È evidente che si tratta di nullità relativa, contestabile solo dalla parte nel cui interesse è posta dall'ordinamento.

L'invalidità negoziale, che comporta l'inidoneità dell'atto ad «acquistare pieno e inattaccabile valore giuridico» (66), appare lo strumento più adeguato per colpire un atto la cui struttura è infirmata da una violazione di legge.

Non vale obiettare in contrario che, eliminata la conversione, viene meno il vizio dell'atto in quanto il divieto di costituire il rapporto a tempo indeterminato neutralizzerebbe le conseguenze tipiche della nullità. Anzi, il fatto che il legislatore abbia precisato che il contratto a termine non può essere convertito avvalorata la tesi dell'invalidità della clausola, che, in assenza di tale indicazione, sarebbe stata travolta ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c.

12. — *La tutela spettante al lavoratore (anche in ipotesi di contratto valido)* — Chiarita l'impossibilità di convertire il contratto, bisogna chiedersi se residui o no, per il lavoratore, una diversa tutela in conseguenza della nullità virtuale.

Va premesso che l'invalidità non cagiona di per sé un danno risarcibile, che nei rapporti contrattuali risale all'inadempimento, cioè al comportamento colposamente dannoso verso la controparte negoziale (67). Tuttavia, con riferimento al medesimo comportamento giuridicamente rilevante (l'atto), il predicato dell'illiceità si può combinare con quello della invalidità in forza di norme specifiche (cfr. art. 1338 c.c., ai sensi del quale la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno – liquidabile solamente in via equitativa – da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto); o perché l'atto-comportamento è non solo invalido, ma altresì illecito secondo le regole generali.

(66) Torrente, Schlesinger 2013, 624.

(67) Irti 2005, 1053 ss., in part. 1060.

Viene da chiedersi se il bisogno di derivazione «eurounitaria» di configurare una protezione contro utilizzi trasmodanti le normali esigenze di temporaneità del rapporto (68) – e/o comunque di forme di rapporti «non comuni» – consenta o no di qualificare il danno come «comunitario» (69), come lesione patrimoniale, *ex se* risarcibile, cagionata dall'abuso della forma contrattuale, in violazione della direttiva europea.

Invero, la figura del «danno comunitario» è nata intorno all'ipotesi di abuso nella successione di rapporti a termine, cosicché nel caso di primo e unico contratto illegittimo il danno potrebbe piuttosto dipendere dalla slealtà contrattuale in una fase che precede la stipula *ex art.* 1337 c.c. (cd. responsabilità extracontrattuale), gravando sul debitore l'onere di curare già prima della conclusione dell'accordo, nei limiti dettati dal principio di solidarietà, anche gli interessi della controparte.

Inoltre, restano salve sia la possibilità per il lavoratore di provare il maggior danno e il danno alla persona, sia quella di invocare, come detto, l'art. 1338 c.c.

Resta fermo che, situandosi invalidità e illiceità su piani differenti, tanto il danno comunitario quanto i danni ulteriori e diversi (escluso, ovviamente, quello *ex art.* 1338 c.c.) sarebbero astrattamente risarcibili anche qualora la clausola del termine si considerasse, per l'ordinamento interno, tecnicamente valida.

E infatti, se si sposa la tesi del danno comunitario, una violazione a danno dello spirito della direttiva si consuma ugualmente. A maggior ragione è risarcibile il danno in caso di responsabilità precontrattuale che può prescindere dalla validità del contratto concluso (70).

Qualora si dovesse accettare una simile conclusione, la diatriba sopra le conseguenze giuridiche dell'atto e sul «nome» del vizio che lo affligge perderebbe di rilevanza, spostandosi tutta l'attenzione alla ricerca di un *quantum* risarcitorio.

(68) Santoro Passarelli G. 2015, 191 ss. Sulla necessaria giustificazione oggettiva del termine per una tenuta costituzionale della normativa: Saracini 2013, 43 ss.; Zoppoli 2014, 21.

(69) Cass. 30.12.2014, n. 27481; Cass. 23.1.2015, n. 1260; Cass. 3.7.2015, n. 13655. Al lavoratore andrebbe pertanto riconosciuto, senza necessità di allegare e provare un documento specifico, un risarcimento per l'illegittimo ricorso al contratto a termine – un danno *in re ipsa* – da parametrarsi in modo non dissimile da quanto già avviene per il pubblico impiego, laddove il «divieto di conversione» infatti opera sebbene assistito da motivazioni più pregnanti: si intende che trova fondamento nell'art. 97 Cost.

(70) Sul tema v. Mantovani 1995. E cfr. Cass. 21.10.2013, n. 23873, in *Contratti*, 2014, n. 4, 339, con nota di Putignano.

Il danno potrebbe essere liquidato con valutazione equitativa, *ex art.* 1226 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c.: a rigore, non sarebbe possibile invocare il criterio previsto dall'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 81 (2,5-12 mensilità) – in quanto tale disposizione presuppone la conversione, che è espressamente esclusa per violazione dei limiti quantitativi –, ma in concreto il criterio non va affatto sottovalutato sulla scia di quanto accaduto nel settore pubblico (71).

13. — *Limiti percentuali e oneri probatori* — L'onere di provare il rispetto del limite percentuale (legale o contrattuale) per le assunzioni a termine ricade sul datore *ex art.* 2697 c.c. (72), ma un problema può sorgere qualora vi siano assunzioni di più lavoratori e solo alcune di esse superino il limite quantitativo. Quali sono i contratti da cui scaturisce il diritto al risarcimento del danno?

A mio sommo avviso saranno quelli stipulati cronologicamente per ultimi (anche per questione di ore o minuti), perché solo in quel momento si pone in essere un negozio in contrasto con norma imperativa. Maggiori difficoltà si riscontrano in caso di assunzioni contemporanee. Tuttavia, essendo onere del datore provare di aver rispettato il limite percentuale, il difetto di prova in ordine all'assunzione avvenuta nel rispetto dei limiti comporta il diritto al risarcimento del danno in favore di tutti i lavoratori coinvolti, non essendo possibile che il mancato assolvimento dell'onere probatorio si rifletta negativamente sul lavoratore.

14. — *Dubbi sulla tenuta interna ed eurounitaria di una disciplina dei limiti quantitativi senza tutele* — In conclusione, il legislatore ha perso l'occasione di predisporre una tutela certa a protezione del lavoratore a termine, che pure era timidamente comparsa in una delle ultime bozze dell'art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81, alla cui stregua la sanzione amministrativa a be-

(71) E fatta salva la possibilità di provare un maggior danno: cfr. Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., cit., che s'è pronunciata sull'ordinanza emessa da Cass. 4.8.2015, n. 16363, cit. E v., già in precedenza favorevole all'applicazione dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 (ora trasfuso nell'art. 28, d.lgs. n. 23/2015), Cass. 21.8.2013, n. 19371, in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 76 ss., con nota di Ales.; a favore dell'utilizzo del criterio di cui all'art. 8, l. n. 604/1966: Cass. 30.12.2014, n. 27481, cit.; Cass. 23.1.2015, n. 1260, cit.; Cass. 22.1.2015, n. 1181, in *RIDL*, 2015, II, 917 ss., con nota di Zampieri; Cass. 3.7.2015, n. 13655, in *www.csdnroma.it*.

(72) Cfr. Cass. 12.9.2013, n. 20916, in *DeJure*; Cass. 19.1.2010, n. 839, in *ADL*, 2010, n. 4-5, II, 1015, con nota di Puliaatti; Cass. 12.3.2009, n. 6010, in *RFI*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 882; T. Napoli 4.7.2012, n. 19890, in *DeJure*; T. Massa 8.10.2010, in *www.tosclaviur.it*. In dottrina, Miscione 2014, 310.

neficio dello Stato sarebbe stata opportunamente sostituita da un'indennità in favore del lavoratore assunto oltre soglia (73).

A ogni modo, e a prescindere dal criterio preferito, la ricostruzione proposta tende senz'altro a proteggere il principio della forma comune del contratto a tempo indeterminato (74) (art. 1, d.lgs. n. 81; punto 2 del preambolo e punto 6 delle considerazioni generali della direttiva). Se alla violazione dei limiti quantitativi non seguisse una tutela anche a favore del lavoratore, la forma comune dipenderebbe infatti dalla libera scelta del datore, non essendo possibile configurare la sanzione amministrativa, eventuale e comunque non a beneficio del lavoratore, come strumento idoneo a garantire il principio della indeterminatezza del rapporto (75).

Occorre però rimanere consapevoli che tale risultato non assicura la tenuta interna ed europea della nuova disciplina. Ciò non solo per l'impossibilità di invocare la conversione – sanzione non imposta dal diritto europeo –, quanto per la facoltà delle parti collettive di disporre deroghe ai limiti quantitativi (76) e per la permanenza delle numerose ipotesi legali di esenzione che, secondo alcuni (77), le parti sociali potrebbero anche aumentare con intese di prossimità *ex art. 8, d.l. n. 138/2011*.

Simili criticità paiono destinate ad acuirsi una volta terminata la spinta economica degli incentivi in caso di assunzioni a tempo indeterminato (78). È allora a maggior ragione auspicabile che l'eventuale nuova ondata di flessibilità si affacci al mercato del lavoro con regole certe e tutele effettive.

(73) Di questo avviso anche Menghini 2015, 163, 177-178. Si trattava di una indennità onnicomprensiva di importo pari al 50% della retribuzione, per ciascun mese di durata del rapporto, e comunque di misura non inferiore al 50% di una mensilità.

(74) Su cui v. le riflessioni svolte da Bellomo 2015, 166-167 ss.; Carinci F. 2015, 4 ss.; Menghini 2015, 165-166; Albi 2015, 625 ss.; Carinci M.T. 2016, 316 ss. Sulla funzione del limite quantitativo di stabilire l'equilibrio tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine garantendo la posizione del primo come forma comune, cfr. Romei 2014, 688; v. anche Alessi (2015, 600), secondo cui il rispetto della percentuale di contingentamento può considerarsi oggi l'equivalente funzionale della causale giustificativa del vecchio sistema che si presume esistente all'interno della quota.

(75) Sulla ineffettività della sanzione cfr. Alessi 2015, 606; Albi 2015, 630; De Simone 2014, 511; Aimo 2015, 645. Sulla mancanza di chiarezza delle modalità di accertamento cfr. Menghini 2014, 570 ss.

(76) Mediante contratti collettivi di qualsiasi livello (artt. 23, comma 1, e 51, d.lgs. n. 81). Cfr. Olivieri 2015, 1140; Menghini 2015, 177. Cfr. inoltre le preoccupazioni espresse in proposito da Pizzoferrato 2015, 215-216.

(77) Ballestrero 2014, 14; Speciale 2014a, 32. Sulla portata delle intese *ex art. 8*, cfr. interpello ministero del Lavoro 2.11.2014, n. 30. Sulla questione della ragionevolezza delle esenzioni legali cfr. Santucci 2015, 230 ss.

(78) Già del resto depotenziata rispetto alle previsioni originarie. Non a caso l'art. 1, comma 178, l. n. 208/2015, prevede, per i contratti a tempo indeterminato stipulati dal 1° gennaio al 31 dicembre 2016, uno sgravio dei contributi Inps per 24 mesi (e non più 36) nonché una drastica riduzione del tetto massimo di esonero.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *La nuova disciplina del lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, n. 4, 635 ss.
- Albi P. (2014), *Le modifiche al contratto a termine*, in Carinci F., Zilio Grandi G. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi, Atto I*, *Adapt*, n. 30, 109 ss.
- Albi P. (2015), *Il rapporto fra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *DLRI*, n. 4, 625 ss.
- Alessi C. (2015), *Il sistema «acausale» di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in *DLRI*, n. 4, 597 ss.
- Amoroso G. (2012), *Impugnazioni e decadenze nel «collegato lavoro». Il nuovo regime delle impugnazioni e delle decadenze*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Treccani, Roma, 445 ss.
- Ballestrero M.V. (2014), *Così si scambia la regola con l'eccezione*, in *Lavoro welfare*, n. 4, 13 ss.
- Bellomo S. (2015), *Contratto a tempo determinato e interventi sul costo del lavoro. I nuovi percorsi orientati alla salvaguardia del «contratto dominante»*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, *Adapt*, n. 40, 160 ss.
- Biasi M. (2012), *I comprensibili dubbi circa gli effetti del cd. «Milleproroghe» 2010 (d.l. 29.12.2010, convertito in l. 26.2.2011, n. 10) sulle decadenze introdotte dalla l. n. 183/2010: pregi e difetti delle due opposte tesi, «letterale» e «teleologica»*, in *ADL*, n. 1, II, 182 ss.
- Boghetich E. (2011), *Tutele dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *ADL*, n. 1, I, 68 ss.
- Bollani A. (2011), *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6, e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*, in *DRI*, n. 4, 1103 ss.
- Bonfrate F. (2012), *Contrasti giurisprudenziali in ordine al differimento del termine decadenziale introdotto dalla legge n. 10/2011 in materia di impugnazione dei contratti flessibili*, in *RIDL*, n. 1, II, 17 ss.
- Boscato A. (2015), *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, n. 4, 1032 ss.
- Brollo M. (2014), *La nuova flessibilità «semplificata» del lavoro a termine*, in *ADL*, n. 3, I, 566 ss.
- Campanella P. (2015), *Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, *Adapt*, n. 40, 174 ss.
- Caponi R. (1996), *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Caponi R. (1998), *La causa non imputabile nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *FI*, I, 2658.
- Carinci F. (2015), *Forma contrattuale comune*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in Carinci F. (a cura di), *Adapt*, n. 48, 4 ss.
- Carinci M.T. (2016), *«Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro?»*, in *RGL*, n. 2, I, 316 ss.

- Casola M. (2012), *Le decadenze nel diritto del lavoro dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 9, 1850 ss.
- Cavallaro L. (2013), *L'art. 32, l. n. 183/2010, dopo il «Milleproroghe»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 169, 1 ss.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 273, 1 ss.
- Chiaromonte W. (2012), *Due questioni in tema di contratti a termine: la prova della sussistenza del mutuo consenso nella risoluzione del negozio e gli effetti retroattivi del nuovo regime di tutela risarcitorio*, in *RIDL*, n. 4, II, 802 ss.
- Ciucciiovino S. (2014), *Rinunce e transazioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Assago, 1539 ss.
- Ciucciiovino S. (2015), *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il jobs act*, in *DLRI*, n. 4, 611 ss.
- Corvino A. (2010), *L'impugnazione del contratto a termine*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 ore, Milano, 83 ss.
- De Angelis L. (2010), *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 111, 1 ss.
- De Michele V. (2011), *Il decadimento delle regole e le nuove decadenze dei diritti nell'art. 32, legge n. 183/2010*, in *DML*, n. 1-2, 157 ss.
- De Simone G. (2014), *L'effettività del diritto come obiettivo e come argomento. La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea tra interventismo e self restraint*, in *LD*, n. 2-3, 489 ss.
- Di Paola L. (2015), *Impugnativa del contratto di lavoro a tempo determinato: brevi considerazioni in materia di decadenza*, in *RIDL*, 1, II, n. 51 ss.
- Emiliani S.P. (2011), *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Proia G., Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 205 ss.
- Garilli A. (2015), *La nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *RIDL*, n. 2, I, 215 ss.
- Gentile G. (2015), *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 51 ss.
- Giubboni S. (2011), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 115, 1 ss.
- Giubboni S. (2012), *Rapporti a termine e rimedi*, in *Libro dell'anno del lavoro 2012*, Treccani, Roma, 422 ss.
- Gragnoles E. (2011), *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *ADL*, n. 2, I, 232 ss.
- Gragnoles E. (2014), *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, n. 5, 434 ss.
- Ianniruberto G. (2011a), *Dal differimento della decadenza nella legge «Milleproroghe» alle norme previdenziali nella legge per la stabilizzazione finanziaria*, in *MGL*, n. 10, 690 ss.

- Ianniruberto G. (2011b), *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 221 ss.
- Irti N. (2005), *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *RTDPC*, n. 4, 1053 ss.
- Lamberti M. (2011), *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 251 ss.
- Leone G. (2014), *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, in *RGL*, n. 4, I, 729 ss.
- Locatelli F. (2008), *L'accertamento pregiudiziale ex lege: profili*, Giuffrè, Milano.
- Magnani M. (2014), *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 212, 1 ss.
- Magnani M. (2015), *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 256, 1 ss.
- Mantovani M. (1995), *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino.
- Maresca A. (2015), *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *GLav.*, n. 12, 12 ss.
- Marra A. (2012), *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 45 ss.
- Mazzotta O. (2011), *La Giustizia del lavoro nella visione del «Collegato»: la disciplina dei licenziamenti*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, XXVII.
- Menchini S. (1995), voce *Accertamenti incidentali*, agg., in *EGT*, Roma, IV, 1 ss. dell'estratto.
- Menghini L. (2000), *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *QDLRI*, n. 23, 167 ss.
- Menghini L. (2011a), *Il nuovo regime delle decadenze nel collegato lavoro 2010*, in *LG*, n. 1, 41 ss.
- Menghini L. (2011b), *Il regime delle impugnazioni*, in *RGL*, n. 1, I, 123 ss.
- Menghini L. (2011c), *I commi 5-7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *ADL*, n. 2, I, 336 ss.
- Menghini L. (2014), *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *ADL*, n. 6, I, 1221 ss.
- Menghini L. (2015), *Lavoro a tempo determinato*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in Carinci F. (a cura di), *Adapt*, n. 48, 153 ss.
- Mimmo G. (2011), *Decadenze e regime sanzionatorio: come il «collegato lavoro» ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, n. 1, I, 87 ss.
- Miscione M. (2014), *«Jobs Act» con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega*, in *LG*, n. 4, 305 ss.

- Miscione M. (2015), *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, n. 12, 741 ss.
- Montesano L. (1998), voce *Accertamento incidentale*, in *EGT*, Roma, I, n. 1 ss. dell'estratto.
- Montuschi L. (1986), *La durata del contratto di lavoro*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, XV, 301 ss.
- Nicolini C.A. (2015), voce *Decadenza (Dir. lav.)*, in *Treccani diritto online*.
- Novella M. (2011), *Prescrizione e decadenza*, in Persiani M., Carinci F. (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV: *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1990 ss.
- Olivieri A. (2015), *Le novità del contratto a tempo determinato tra esigenze di certezza e incoerenze con la regolazione dell'Unione europea*, in *LG*, n. 12, 1131 ss.
- Pandolfo A. (2014), *L'impugnazione del termine apposto al contratto di lavoro subordinato. Conversione del contratto a termine e conseguenze economiche*, in Pandolfo A., Passalacqua P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, Torino, 121 ss.
- Panza G. (1989), voce *Decadenza nel diritto civile*, in *DDPCiv.*, 132 ss.
- Pellacani G. (2010), *Il cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaro-scuro*, in *RIDL*, n. 2, I, 215 ss.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore (art. 2113)*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano.
- Pisani C. (2011), *Significato e legittimità costituzionale della disposizione sull'indennità per il lavoro a termine*, in *ADL*, n. 2, I, 325 ss.
- Pizzoferrato A. (2015), *Il contratto a termine dopo il Jobs Act – atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, Adapt, n. 40, 209 ss.
- Preteroti A. (2014), *La violazione dei limiti quantitativi tra sanzione amministrativa e conversione del contratto*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato, Atto I*, Giappichelli, Torino, 57 ss.
- Ricci E.F. (1987), voce *Accertamento giudiziale*, in *DDPCiv.*, I, Utet, Torino, 16 ss.
- Roccella M. (2011), *Il regime delle impugnazioni*, in *RGL*, I, 11 ss.
- Rolfi F. (2013), *Artt. 2808-2969 c.c.*, in V. Cesaro, L.P. Comoglio (a cura di), Libro VI, in Alpa G., Mariconda V. (a cura di), *Codice civile commentato*, tomo III, Wolters Kluwer, Mianofiori Assago, 3769 ss.
- Romano A. (1964), *Note in tema di decadenza*, in *RTDPC*, 171 ss.
- Romei R. (2014), *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, n. 4, 675 ss.
- Roselli F. (2009), *La prescrizione e la decadenza*, in Zoppini A. (a cura di), *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, IV, in *Dir. civ.*, diretto da Lipari N., Rescigno P., Milano, 528 ss.
- Roselli F. (2014), *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *ED*, Milano, VII, 309 ss.
- Roselli F., Vitucci P. (1985), *La prescrizione e la decadenza*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XX, Torino, 359 ss.
- Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, in *Quaderni di ADL*, n. 14, Cedam, Padova, 113 ss.
- Santoro Passarelli F. (1985), *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, IX ed.

- Santoro Passarelli G. (2015), *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *ADL*, n. 1, II, 167 ss.
- Santucci R. (2015), *I vincoli sistematici (costituzionali) al contratto a termine a-causale*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, *Adapt*, n. 40, 222 ss.
- Saracini P. (2013), *Contratto a termine e stabilità del rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Satta S. (1958), *Accertamento incidentale*, in *ED*, I, 243 ss.
- Scarpelli F. (2011), *Con il Milleproroghe rinviata (tra mille dubbi interpretativi) l'efficacia della disciplina delle decadenze del «Collegato lavoro»*, in *Note informative*, n. 51, 1 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 296 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 153, 1 ss.
- Speziale V. (2014a), *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in *Lavoro welfare*, n. 4, 30 ss.
- Speziale V. (2014b), *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime sanzionatorio*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 139 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra OK e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259, 1 ss.
- Tatarelli M. (2011), *Rinvio il termine di impugnazione del licenziamento*, in *GDir.*, n. 2, 115 ss.
- Tedeschi V. (1962), voce *Decadenza*, in *ED*, Milano, XI, 770 ss.
- Tiraboschi M. (2015a), *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, *Adapt*, n. 45.
- Tiraboschi M. (2015b), *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in *DRI*, n. 2, 518 ss.
- Tiraboschi M., Tomassetti P. (2014), *Il nuovo lavoro a termine*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro, Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, *Adapt*, n. 25, 1 ss.
- Torrente A., Schlesinger P. (2013), *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 624 ss.
- Tosi P. (2010), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «Collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *RIDL*, n. 3, I, 473 ss.
- Tosi P. (2011), *Le impugnazioni con decadenza nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, n. 1, 15 ss.
- Vallebona A. (2010a), *Una buona svolta nel diritto del lavoro: la legge n. 183/2010*, in *MGL*, n. 4, 210 ss.
- Vallebona A. (2010b), *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, n. 12, 900 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.
- Zilio Grandi G., Sferrazza S. (2014), *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 220, 1 ss.
- Zoppoli L. (2014), *Il «riordino» dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 213, 1 ss.

ABSTRACT

Il contributo analizza, in una prima parte, la disciplina della decadenza introdotta dalla l. n. 183/2010 e la sua evoluzione con riferimento all'impugnazione del contratto a tempo determinato, soffermandosi specialmente sulle questioni dell'ambito di applicazione e dell'operatività dei termini di decadenza.

Nella seconda parte del contributo, l'Autore esamina i rimedi e le tecniche di tutela predisposti dall'ordinamento per sanzionare la violazione delle regole d'uso della flessibilità a termine.

Un ampio spazio di analisi è dedicato all'attuale divieto (ex art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81/2015) di «trasformazione» in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine stipulato in violazione dei limiti quantitativi: condotta in apparenza punibile solamente con una sanzione amministrativa. L'Autore rileva a tal riguardo l'esigenza di individuare una protezione per i lavoratori assunti oltre il limite quantitativo, a garanzia della tenuta interna ed eurounitaria della normativa.

ISSUES ON THE REGULATION OF LIMITATION PERIODS FOR THE APPEAL
AGAINST THE TERMINATION OF FIXED-TERM CONTRACTS
AND ON SANCTIONING MEASURES, BETWEEN OLD AND NEW PROBLEMS

The survey analyzes, in the first part, the evolving legal regulation of limitation periods due to Law n. 183/2010, with reference to the appeal against termination of fixed-term contracts. On this side, it focuses especially on the scope and on the functioning of the legal rule on lapse of time-limit.

Afterwards, the Author of the survey examines remedies and regulatory techniques offered by the legal system to sanction abuses arising from an unlawful use of fixed-term contracts. A wide portion of the survey deals with the new legal prohibition (art. 23, comma 4, Legislative Decree n. 81/2015) concerning the transformation of temporary contracts into permanent contracts, due to the exceeding of fixed quantitative limits, in appearance only punishable by a fine. By the way, the Author observes the need to find out an effective protection for term workers hired over the quantitative limit: which is necessary in order to ensure the compatibility with national and European law.

Alessandra Raffi (*)

IDEOLOGIA E REGOLE NELLA NUOVA DISCIPLINA DEL MUTAMENTO DI MANSIONI

SOMMARIO: 1. Il *Jobs Act* contro la concezione umanistica e costituzionale del lavoro. Tutela della professionalità e tutela dell'inquadramento. — 2. La modifica delle mansioni nei confini della qualifica e della categoria: l'eclissi del canone di equivalenza e i problemi di costituzionalità. — 3. Modifica *in peius* per atto unilaterale e nuovi limiti formali e sostanziali. Un caso di eterogenesi dei fini? — 4. La modifica delle mansioni per accordo collettivo o individuale: una nuova via larghissima ma pericolosa.

1. — *Il Jobs Act contro la concezione umanistica e costituzionale del lavoro. Tutela della professionalità e tutela dell'inquadramento* — La stagione politico-legislativa del *Jobs Act* è ormai arrivata alla sua conclusione e l'imponenza e la sistematicità dei suoi contenuti revisionistici del diritto del lavoro «statutario» costituiscono un dato inconfutabile nella opinione comune di quanti vivono e agiscono nel mondo del lavoro. Tanto che è già in atto un salutare movimento di lotta e di recupero delle tutele fondamentali che la legislazione statutaria aveva assicurato per oltre quarant'anni ai lavoratori; un movimento di cui la Cgil ha assunto la guida con la sua proposta di legge popolare per un nuovo Statuto dei lavoratori e con la presentazione dei tre referendum in tema di reintegra nel posto di lavoro, di disciplina degli appalti e di abolizione dei *voucher*.

La devastazione (1) dell'apparato di garanzia è stata profonda e, appunto, sistematica, e, soprattutto, caratterizzata ideologicamente, come rivincita «della visione del mondo finanziario e capitalista» (2), incentrata sulla

(*) Professore aggregato (oltre che ricercatore confermato) presso l'Università di Milano.

(1) Gallino (2000, 81), secondo il quale le tutele e le garanzie di chi lavora sono destinate a svanire per rendere meno costosi gli investimenti e, al tempo stesso, trasferire i rischi creati dal mercato e dalla finanza senza regole ai singoli individui.

(2) Gallino (2011, 237), ove si evidenzia che, in questo contesto socioeconomico internazionale alquanto critico e sulla scia della forte preoccupazione che assilla l'opinione intellettuale e progressista del mondo occidentale, si è posta l'azione significativa e di notevole rilievo, avviata già a partire dal 2003 dalle Nazioni Unite, inserita

mercificazione del lavoro (3) contro l'opposta tesi della centralità e preminenza della personalità del lavoratore da tutelarsi e sviluppare anche, se non soprattutto, sul posto di lavoro.

Certamente questo scontro ideologico ha avuto a oggetto principale, nel concreto, l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (4), la norma «antiricatto occupazionale», che ha dato per diversi decenni ai lavoratori dignità personale ed effettività delle tutele.

Il rischio serio che si sta correndo è quello di assistere inerti al progressivo assoggettamento degli Stati ai mercati (disastro in parte già avvenuto), ove «i vari istituti giuridici previsti dagli ordinamenti nazionali vengono in modo strisciante resi funzionali alle esigenze di mercato: il potere del Leviatano statale si aggiunge a quello dei poteri economici invece di bilanciarlo» (5).

Il terreno su cui la «rivincita ideologica» del fronte datoriale si è consumata nel modo più netto e lineare è stato, per le ragioni che si diranno, quello, solo apparentemente più ristretto, delle mansioni e qualifiche, già governato dal reticolo normativo contenuto nell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori.

In effetti, per merito, soprattutto, di una felice elaborazione giurisprudenziale, la norma aveva acquisito un significato e una portata di tipo «umanistico», antimercantile, di tutela e di promozione della persona umana nel lavoro, e attraverso il lavoro, che risultava, alla fine, assai distante dalle definizioni civilistiche delle mansioni come oggetto specifico del contratto di lavoro, e quindi di una «normale» corrispettività contrattuale. In

nel quadro del suo Programma per l'Ambiente e denominata «Iniziativa Finanza» (Unep-Fi). In tal senso, si legge proprio nella parte conclusiva del rapporto dell'Unep-Fi che: «inserire la finanza sostenibile e l'investimento responsabile nel mondo dei fondi, dell'attività bancaria e delle assicurazioni è un lavoro in corso. Gli attori più antiveggenti dei mercati di capitale si stanno impegnando seriamente per far emergere e integrare temi ambientali, sociali e di *governance* nel funzionamento dei nostri mercati globali. Ma codesti enti e investitori sono l'eccezione, non la regola».

(3) Sparkes (2002), che mette in rilievo che l'importante iniziativa (Finanza) delle Nazioni Unite denominata Unep-Fi, rivolta ai fondi pensioni pubblici e privati, alle compagnie di assicurazione e ai fondi comuni, persegue l'idea molto saggia di una finanza sostenibile ovvero attenta alla tutela e alla promozione dei temi sociali, economici e ambientali, e in grado di compiere una realizzazione globale sulla base delle migliori pratiche di investimento socialmente responsabile.

(4) Monateri (1998, 37), ove afferma che «una *strong commercial law* e una *poor labor law* si presentano come due cardini dei progetti di globalizzazione giuridica», con conseguente fondato timore della preannunciata definitiva «fagocitazione» del diritto del lavoro da parte del diritto commerciale.

(5) Santoro 2008, 76.

nessun rapporto contrattuale sinallagmatico, infatti, il debitore ha un diritto perfetto a eseguire la sua stessa prestazione, che appare e risulta addirittura più forte e tutelato del diritto alla controprestazione, così da essere assistito da sanzioni più ampie: si pensi al lavoratore lasciato in stato di inattività che può pretendere, oltre alla retribuzione, soprattutto il danno non patrimoniale da demansionamento.

Con l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, il legislatore delegato ha introdotto («su dettato», diciamo, della Confindustria) un nuovo testo dell'art. 13 della legge n. 300 del 1970, ovvero dell'art. 2103 c.c. (6), che ci pone di fronte, rispetto al passato, non tanto a un alleggerimento, talvolta anche rilevante, delle regole garantistiche in tema di mutamento disposto dal datore di lavoro – o addirittura consensuale – delle mansioni e delle qualifiche, ma soprattutto a due filosofie diverse.

Da un lato, quella, affermatasi nei passati decenni, che rimanda a una concezione umanistica del lavoro e dell'impegno sociale attraverso il lavoro, e, dall'altro, quella – emergente dal nuovo testo dell'art. 2103 c.c. – che rimanda, invece, a una visione piramidale e burocratica dell'organizzazione produttiva e sociale nella quale la persona è qualificata attraverso «un grado», ed è questo grado che, semmai, viene tutelato, comunque entro certi limiti.

Si può anche dire, senza tema di errori, che l'intera tematica della nuova disciplina dell'art. 2103 c.c., ossia del mutamento di mansioni, può essere riassunta nell'alternativa tra la «tutela della professionalità», tipica della disciplina precedente («umanistica»), e l'odierna «tutela dell'inquadramento», che emerge dal nuovo testo normativo.

Ma per comprendere la reale portata di questa alternativa, anche nelle sue concrete declinazioni, è necessario, anzitutto, fare capo al significato che la tutela della professionalità ha acquisito nei quarant'anni di vigenza del testo originario di cui all'art. 2103 c.c. (come modificato dall'art. 13 dello Statuto) grazie a una giurisprudenza «progressista», almeno su questa materia costituzionalmente ispirata.

Può dirsi, ancora, che il nucleo vero della tematica e di quella filosofia «umanistica» è quello della valorizzazione, insieme, della persona e del lavoro, perfettamente sintetizzato dalla massima, ricorrente nella giurisprudenza delle Corti superiori, secondo cui il lavoro umano non è solo un modo di procurarsi un reddito, ma anzitutto uno strumento di «realizzazione della personalità». Il che spiega immediatamente perché, nella giurispru-

(6) Per un primo puntuale commento v. Gagnoli 2016, 3; Del Conte 2016, 21; Corti 2016, 39; Farluga 2016, 69, e Tampieri 2016, 107.

denza fino a ora unanime, non sia sufficiente assicurare al lavoratore una retribuzione immutata se, però, lo si adibisce intanto a mansioni che sono estranee al suo personale bagaglio professionale o, peggio ancora, lo riducono in tutto o in parte a una situazione di inattività (demansionamento).

Si è già detto come su questa tematica la visione civilistica e quella costituzionale divergano nettamente: nella disciplina civilistica dei rapporti contrattuali sinallagmatici, la parte alla quale sia comunque garantito il corrispettivo non ha altro interesse a effettuare la sua prestazione che non sia quello di restare liberato dall'obbligazione, al che si può pervenire attraverso la costituzione in mora del creditore e l'offerta formale, con rimborso delle spese. Ma questo è tutto: non vi è un diritto di effettuare la prestazione e quindi di conseguire, in caso di rifiuto e impedimento dell'altra parte, un risarcimento.

Nell'interpretazione dell'art. 2103 c.c. data dalla giurisprudenza in questi decenni, invece, il risarcimento è possibile perché è stato leso quel diritto a prestare l'opera, attraverso cui si realizza la persona, secondo la direttiva costituzionale.

E, dunque, il lavoratore la cui prestazione è rifiutata, offrendola formalmente, mette in mora il datore di lavoro e così matura il corrispettivo retributivo e si libera dall'obbligazione, ma matura altresì il diritto a un risarcimento del danno (non patrimoniale) per lesione della sua figura o dignità professionale e attesa di suo perfezionamento.

Peraltro, non è solo la deprivatione totale o parziale delle mansioni a poter ledere quel diritto alla realizzazione personale attraverso il lavoro, perché lesioni altrettanto gravi possono derivare dall'uso, da parte datoriale, dello *ius variandi*, ossia del potere di disporre la modifica delle mansioni cui il lavoratore deve attendere.

La modifica potrebbe essere lesiva non solo quando venissero attribuite mansioni ricomprese in un livello di qualifica inferiore, ma anche quando appartenessero allo stesso livello, e, tuttavia, contraddicessero l'esperienza e la capacità professionale del lavoratore («mobilità a sinistra»).

È ben noto come il canone centrale per la modifica delle mansioni sia stato il concetto di «equivalenza» tra le mansioni di «partenza» e quelle di «arrivo», intesa, però, non come appartenenza delle mansioni e profili professionali di partenza e di arrivo a uno stesso livello di qualifica, ma come *coerenza* nello sviluppo professionale della persona, garanzia di auspicata realizzazione della persona, secondo la ricordata prospettiva umanistica.

Il precetto normativo per cui il lavoratore poteva essere adibito (soltanto) a mansioni «equivalenti» a quelle di assunzione, o a quelle successive le-

gittimamente attribuitegli, andava, dunque, inteso nel senso che le nuove mansioni non dovevano collocarsi al di fuori della traiettoria già percorsa, ma consentire, invece, l'impiego del bagaglio professionale già acquisito dal lavoratore nella fase *ante acta* del rapporto (7). Centrale e fondamentale è stata, pertanto, l'acquisizione giurisprudenziale secondo cui: «anche tra le mansioni appartenenti alla medesima qualifica prevista dalla contrattazione collettiva opera la garanzia dell'art. 2103 c.c., e pertanto il lavoratore addetto a determinate mansioni non può essere assegnato a mansioni nuove e diverse che compromettano la professionalità raggiunta, ancorché rientri nella medesima qualifica professionale» (8).

Particolarmente notevole è che questa connotazione umanistica radicata nella pretesa alla continuità professionale sostanziale si imponga, proprio perché di derivazione legale costituzionale, anche alla contrattazione collettiva: per quella pronunzia, infatti, se è vero che la contrattazione collettiva può accorpate in un unico livello di qualifica mansioni precedentemente iscritte in livelli diversi, e stabilire per tutte, allora, un identico standard di trattamento economico-normativo, ciò non significa che le abbia rese «equivalenti» nell'intimo del loro valore e delle loro caratteristiche professionali, con possibile illegittimità, pertanto, ai sensi dello stesso art. 2103 c.c., dell'imposizione di adibizione dall'una all'altra.

Si comprende, altresì, che in questa ormai consolidata lettura, di cui all'art. 2103 c.c., il tema vero e decisivo fosse proprio questo della «mobilità a sinistra» e della sua illegittimità, ossia di quando la si potesse riscontrare tra mansioni dello stesso livello, mentre il caso di «dequalificazione», ossia di spostamento a mansioni di livello di qualifica inferiore, assumeva la caratteristica del «caso di scuola», a soluzione scontata.

(7) Ne consegue che le nuove mansioni possono considerarsi equivalenti a quelle ultime effettivamente espletate soltanto ove risulti tutelato il patrimonio professionale del lavoratore, anche nel senso che la nuova collocazione gli consenta di utilizzare, e anzi arricchire, il patrimonio professionale acquisito con lo svolgimento della precedente attività lavorativa in una prospettiva dinamica di valorizzazione della capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze. *Ex pluribus*, Cass. 11.4.2005, n. 7351, in *NGL*, 2005, 635. In dottrina si veda Liso (1982, 150 ss., specie 173), ove si ravvisa nel giudizio di equivalenza lo strumento per assicurare la tutela della posizione sostanziale del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione produttiva.

(8) Si veda in particolare Cass. 10.12.2009, n. 25897, in *MGC*, 2009, 12, 1680; in senso conforme cfr. Cass. 14.6.2013, n. 15010, in *RFI*, 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 892; Cass. 31.5.2010, n. 13281, in *www.JurisWiki.it*; Cass. 8.6.2009, n. 13173, in *RFI*, 2010, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1071; Cass. 11.11.2009, n. 23877, in *www.ilsole24ore.com*; Cass. 8.10.2007, n. 21025, in *GDir.*, 2007, n. 46, 76; Cass. 11.4.2005, n. 7351, in *www.legge-e-giustizia.it*.

Era del tutto ovvio, infatti, che se le parti sociali, nel contratto collettivo, avevano convenuto sul diverso valore professionale, inferiore e superiore, delle due mansioni, di «partenza» e di «arrivo», così da inquadrarle in livelli di qualifica diversi, il giudice doveva, a sua volta, solo prendere atto della non equivalenza nel caso fosse disposto il passaggio alla mansione di qualifica inferiore.

Per converso, risultava, poi, coerente con questa teoria di tutela della professionalità, da intendere come tutela della sua positiva evoluzione, la coltivazione, in sede sindacale, di procedure di avanzamento professionale, più o meno formalizzate: così l'articolazione su *più livelli* di qualifica di uno stesso profilo professionale (ad esempio: nel Ccnl metalmeccanici del profilo di «collaudatore») ha sempre avuto un chiaro significato di tipo «programmatico».

Si vuol dire che la circostanza che, ad esempio, il profilo di «collaudatore» si ritrovi, nel Ccnl metalmeccanici, tra i profili sia del 3°, sia del 4° che del 5° livello, significa precisamente che l'attività di collaudatore può essere svolta con differenti gradi di difficoltà, esperienza e conoscenza professionale, così da poter essere inquadrata, in corrispondenza del valore professionale relativo, in tutti e tre i livelli: ma ciò, allora, allude, immediatamente alla rivendicazione che il lavoratore possa e debba transitare ai livelli superiori tramite la formazione e l'esperienza, secondo procedure concordate sindacalmente.

Non si può tuttavia tacere che la negatività degli andamenti economici generali e i loro riflessi sulle singole aziende hanno, nei lustri recenti, inciso su questa visuale o filosofia garantista e insieme «umanista», mettendo i singoli lavoratori davanti all'alternativa tra perdita del ruolo professionale e perdita, addirittura, del posto di lavoro.

La linea di faglia nella compatta garanzia definita dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori si è determinata al livello della possibilità di un *accordo* di demansionamento allo scopo di evitare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e ciò a dispetto della rigida previsione normativa che, all'ultimo comma, dichiarava la «nullità» di ogni «patto contrario». È bastato, per così dire, cambiare il punto di osservazione, e così rilevare che sarebbe certamente nullo un patto che accogliesse, puramente e semplicemente, l'interesse del datore di lavoro a una maggiore ampiezza e incisività dello *ius variandi*, ma non il patto inteso a salvaguardare l'occupazione del lavoratore e, magari, da lui stesso promosso e richiesto con aperta dichiarazione di disponibilità. Tra i due «beni» protetti, ossia professionalità o posto di lavoro, diveniva legittima la prevalenza, in sede pattizia, del secondo, perché ritenuto nella valutazione socia-

le (ma anche in quella dell'interessato che aderisce al patto o lo propone) di maggior peso e valore.

Una volta, però, introdotto il concetto della ricerca di equilibrio tra due valori positivi, il passo è stato breve in direzione della legittimità di un atto *anche unilaterale*, di adibizione a mansione inferiore, purché giustificato dallo scopo (almeno dichiarato) di evitare il licenziamento.

Si era rimasti, tuttavia, nell'ambito di situazioni ancora considerate eccezionali, e anche ambigue nei loro possibili sviluppi. Una volta introdotto, infatti, il concetto di demansionamento come «male minore» rispetto al licenziamento, ne discendeva in ambito contenzioso che al datore di lavoro che avesse senz'altro licenziato poteva opporsi la colpevole omissione di un *répêchage* nel vasto pelago delle mansioni inferiori, e a quello che avesse esercitato, invece, lo *ius variandi* in negativo, l'incertezza della legittimità di un licenziamento solo ipotizzato, a fronte della sicura illegittimità del licenziamento.

Fino all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., come introdotto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, i datori di lavoro non hanno fatto ricorso al discutibile potere unilaterale di dequalificazione del lavoratore «nel suo stesso interesse alla conservazione del posto di lavoro»: semmai questa è stata una tardiva giustificazione addotta in pendenza di contenziosi di demansionamento iniziati dal lavoratore, ma non certo una modalità di gestione del personale. Sempre si è sentita, da parte datoriale, la necessità di un accordo di demansionamento, collettivo o individuale, anche se certamente strappato sotto la più o meno velata minaccia di licenziamento, prima di procedere all'adibizione a mansione inferiore o per sanarla.

E qui va, dunque, segnalata l'altra, grande – e ancora una volta negativa –, novità della nuova disciplina, accanto a quella del passaggio dalla tutela della professionalità (9) alla tutela (parziale) dell'inquadramento: tale ulteriore novità (o micronovità) è data da una vera e propria *duplicazione* della disciplina del mutamento di mansioni, a seconda che il mutamento avvenga per atto e volontà unilaterali del datore di lavoro, oppure su accordo, individuale e collettivo.

Non bisogna *lasciarsi* ingannare dalla quasi irridente previsione di nullità dei patti contrari che conclude ancora il testo della norma nuova, così

(9) Cass. 20.3.2004, n. 5651, in *MGC*, 2004; Cass. 8.2.1985, n. 1038, in *RIDL*, 1985, II, 714, ove si continua ad ascrivere al patrimonio professionale e, quindi, alla professionalità acquisita un ruolo predominante per arginare qualsiasi forma di impoverimento professionale.

come avveniva in quello della vecchia norma, perché le ipotesi ammesse di accordi individuali o collettivi di demansionamento sono talmente ampie e articolate da costituire, appunto, una disciplina a sé stante, tutta orientata al permissivismo e alla più grande «flessibilità». Le poche tutele sostanziali o formali residuali o di nuova introduzione sono invece concentrate nell'altra fattispecie di mutamento di mansioni per atto unilaterale del datore di lavoro.

Dopo questa basilare avvertenza si può, allora, dedicare l'attenzione alla fattispecie di mutamento unilaterale e ai relativi limiti previsti a tutela dell'inquadramento (e non più della professionalità in senso pregnante).

2. — *La modifica delle mansioni nei confini della qualifica e della categoria: l'eclissi del canone di equivalenza e i problemi di costituzionalità* — La vera svolta di principio o «filosofica» tra vecchia e nuova disciplina, ossia il passaggio dalla tutela della professionalità in senso pregnante a quella della qualificazione formale, è, per così dire, «mimetizzata» in una apparentemente piccola differenza di previsione nel comma 1 dell'art. 2103 c.c.

La vecchia dizione recitava: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte»; previsione che nel nuovo testo diventa «ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

Sparisce la «equivalenza delle mansioni» (10), sostituita dalla «riconducibilità» allo stesso livello e categoria legale. Sparisce, cioè, il dato sostanziale della storia professionale del lavoratore, il suo percorso di perfezionamento professionale che significa anche – e soprattutto – realizzazione della persona, e si infulcra la disciplina legale sul dato formale della omogeneità dell'inquadramento in qualifica e categoria: ora diviene legittimo, in altre parole, spostare, ad esempio, il responsabile dell'ufficio tecnico al posto di responsabile dell'amministrazione, nonostante che il loro «curriculum» scolastico e professionale sia del tutto diverso, e il lavoratore non sappia «assolutamente nulla del nuovo lavoro».

(10) Mentre la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (24.11.2006, n. 25033), in *www.altalex.com*, ha ritenuto legittima la clausola di fungibilità dell'art. 46 del Ccnl Poste all'interno della stessa area operativa sul verificato presupposto delle necessità di servizio, perché l'assegnazione a diverse mansioni equivalenti non si deve comunque risolvere in una perdita per il lavoratore e deve sempre assicurare il contemporaneo fra la tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti (artt. 4, 32 e 36) e la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

E si ritiene di leggere una battuta d'arresto involutiva perfino rispetto al contesto «prestatuario» ovvero alla versione dell'art. 2103 c.c. pregresa rispetto all'entrata in vigore della l. n. 300 del 1970, ove, prima di tutto, lo *ius variandi* poteva essere legittimamente esercitato solo in presenza di esigenze dell'impresa tali da giustificare il mutamento di mansioni. E, in ogni caso, questa modificazione di mansioni doveva avvenire nel pieno rispetto del lavoratore sia sotto il profilo dell'intangibilità *in peius* della retribuzione, ma ancor più sotto il profilo del mantenimento della posizione sostanziale (11). Ciò comportava che il mutamento di mansioni, oltre a non poter arrecare pregiudizio alla persona del lavoratore, doveva essere circostanziato nel tempo e concernere comunque mansioni affini e non più rischiose dal punto di vista psicofisico, in maniera tale da non determinare un'erosione di protezione e uno scadimento nella considerazione sociale (12).

Ora, invece, la nuova disciplina, attribuendo rilievo unicamente al principio di equivalenza formale, consente uno scadimento della protezione e della considerazione sociale del prestatore di lavoro, in quanto considera mansioni equivalenti «non più quelle che hanno un contenuto professionale equivalente, ma quelle che corrispondono alla stessa classificazione contenuta nei contratti collettivi» (13).

L'interesse e anche la dignità del lavoratore vengono azzerati: al datore di lavoro viene attribuito un potere immenso, che potrebbe senz'altro portare anche a risultati paradossali. E non si obietti che i risultati paradossali saranno evitati dallo stesso datore di lavoro, il quale avrà tutto l'interesse a utilizzare quel lavoratore in modo produttivo, perché in questa materia l'esperienza consente di affermare che, invece, le modifiche punitive e vessatorie sono all'ordine del giorno e costituiscono parte notevole del contenzioso, specie di quello in tema di *mobbing*.

È nostra convinzione che sia questa la fattispecie che denuncia fino in fondo il carattere «datoriale» del *Jobs Act*, ove la contrapposizione fra finanzia-capitalismo (14) e lavoro diventa un conflitto, ove la parte più forte e che detiene il vero potere può abusarne senza giustificare l'abuso.

(11) Così Liso 1982, 142.

(12) Cfr. Giugni 1963, 327 ss.

(13) Sannino 2015, 69.

(14) Gallino 2011. Riecheggiando il libro di Luciano Gallino sul tema della crisi provocata dal regno dei banchieri e della finanza selvaggia, che fu saggiamente e legittimamente imbrigliata solo da Roosevelt nel corso del New Deal per poi riprendere la sua corsa devastante, favorita dalla politica, verso la distruzione della civiltà, del lavoro e della dignitosa società produttiva.

Lo dimostra chiaramente la previsione – davvero senza precedenti – del comma 3 del nuovo testo dell’art. 2103 c.c. dove è detto: «Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione alle nuove mansioni».

Non si tratta, allora, di esigenze economiche, produttive e organizzative, perché non avrebbe senso economico disporre l’adibizione del lavoratore a mansioni che egli non è in grado di svolgere per mancanza di formazione professionale, e prevedere che tale adibizione resti comunque valida: si tratta, invece, della piena «restaurazione» del potere datoriale.

Non è difficile prevedere che la giurisprudenza e la dottrina cercheranno di attenuare la portata applicativa della norma sostenendo, ad esempio, che l’adibizione, pur restando valida, sarà però inefficace finché non sia impartita la necessaria formazione (15) [formazione (16) ed elevazione professionale della persona, che lo Stato si obbliga costituzionalmente a tutelare e a garantire], con esenzione, dunque, del lavoratore dalla responsabilità per errori e, addirittura, dallo stesso obbligo di prestare attività lavorativa in condizioni di insicurezza (17).

Ma, dal punto di vista del principio, questo non cambierebbe nulla: resta il fatto che la professionalità del lavoratore non è qualcosa che il datore di lavoro debba rispettare, perché, anzi, può liberamente ignorarla e calpestarla.

Con il solo, unico limite, almeno all’apparenza, della riconducibilità delle nuove mansioni alla qualifica e categoria di appartenenza: il livello di qualifica professionale serve, però, a poco, perché spesso ineriscono a uno stesso livello decine e decine di profili professionali assai diversi tra loro.

(15) Cass. 16.10.1985, n. 5098, in *GC*, 1986, I, 412, ove si è ritenuto legittimo lo spostamento da mansioni impiegatizie a mansioni operaie, appartenenti allo stesso livello di inquadramento, purché venga accertato dal giudice di merito che siano stati espletati appositi percorsi formativi e che tale formazione, unitamente alla preparazione tecnica specifica, abbia posto i lavoratori in grado di espletare le nuove mansioni; in dottrina Pisani (2015, 23), il quale anche in scritti precedenti ancora il giudizio di equivalenza all’organizzazione dell’impresa e a metodi che si ispirano alla teoria americana di *job evaluation*.

(16) Treu 1972, 1053; Romagnoli 1979, 235.

(17) D’Antona (1999, 17), che afferma esplicitamente che «il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l’interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati, è un diritto della persona, intesa come persona sociale». Pertanto, la garanzia costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore non può essere assolutamente compressa dalle esigenze della libertà di iniziativa economica di impresa.

A titolo di esempio, il 2° livello di qualifica del Ccnl del commercio comprende ben 44 profili diversi, dal cassiere principale, al chimico di laboratorio, dall'interprete simultaneo al capo piazzale ecc. Delle due l'una, allora: se tutte queste mansioni sono potenzialmente comprese nell'oggetto mansionistico del contratto individuale di lavoro del dipendente, tanto che il datore di lavoro può tranquillamente passare dall'una all'altra (salvo il successivo obbligo di formazione), allora l'oggetto stesso è indeterminato, e il contratto è nullo; se, invece, occorre razionalmente restringere la scelta e ricercare una qualche omogeneità (18) tra vecchie e nuove mansioni, allora riemerge, inevitabilmente, il limite della *professionalità in senso pregnante* e la tutela giuridica e giudiziaria della stessa.

La nuova disposizione, però, non richiama solo il livello di qualifica, ma come limite allo *ius variandi* delle mansioni anche la *categoria legale*, ed è indubbio che si tratta delle categorie di cui all'art. 2095 c.c. (operai, impiegati, quadri e dirigenti), di talché risulta ispirata a concetti vecchi, anzi vecchissimi, di *status* sociale. Impiegati e quadri tornano a essere una «piccola e media nobiltà», il cui rango non può essere lesa dall'adibizione a («plebee») mansioni operaie.

Peccato che da più di quarant'anni viga nella contrattazione collettiva dei maggiori settori produttivi l'inquadramento unico operai-impiegati, ragion per cui, ad esempio, nel 5° livello del Ccnl metalmeccanici convivono profili impiegatizi e operai, che ora, di fatto, vengono di nuovo resi estranei gli uni rispetto agli altri.

Si vedrà come queste preoccupazioni e sensibilità «di ceto sociale», che sorprendentemente hanno ispirato il legislatore, diano infine luogo a una forte e inattesa restrizione dello stesso *ius variandi* nell'ipotesi di spostamento a mansioni inferiori, di cui tra breve si dirà.

La «mobilità a sinistra», ossia la possibilità di mutamento di mansioni a parità di inquadramento in qualifica e categoria resta, però, il terreno principale e decisivo dal punto di vista dei principi, e occorre chiedere se questa modifica, un po' retriva e *retro*, della disciplina abbia o meno la possibilità di superare un vaglio di legittimità costituzionale, da un lato, e di interpretazione sistematica, dall'altro.

(18) Sulla necessità di una salvaguardia piena dell'omogeneità fra vecchie e nuove mansioni si veda già, in particolare, Cass. 30.7.2004, n. 14666, in *www.legge-e-giustizia.it*, ove si afferma: «Le nuove mansioni possono considerarsi equivalenti alle ultime effettivamente svolte soltanto ove risulti tutelato il patrimonio professionale del lavoratore, anche nel senso che la nuova collocazione gli consenta di utilizzare, e anzi di arricchire, il patrimonio professionale acquisito con lo svolgimento della precedente attività lavorativa, in una prospettiva dinamica di valorizzazione della capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze».

Dal punto di vista costituzionale è, intanto, lampante l'illegittimità del ricordato comma 1 della nuova disciplina per *eccesso di delega*, perché l'art. 1, comma 7, della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, prevedeva, bensì, la «revisione della disciplina delle mansioni», ma in caso di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale», mentre qui si tratta dello *ius variandi* del datore di lavoro anche nelle ipotesi della più ordinaria e pacifica gestione aziendale. L'eccezione di incostituzionalità potrà e dovrà, dunque, essere sistematicamente formulata dalla difesa del lavoratore in ogni controversia di mutamento di mansioni a parità di inquadramento e anche con modifica di livello di inquadramento, visto che, come si dirà più sotto, neanche in questo caso il presupposto legittimante è dato da quella «ristrutturazione» aziendale prevista dalla legge delega.

Ma l'incostituzionalità più importante è quella di «merito», riguardante la «sparizione» della tutela professionale, quale garanzia della realizzazione della persona mediante il lavoro (19): questa è una posizione di diritto primario che affonda le sue radici nell'art. 2 e nell'art. 4 della Costituzione e non può essere eclissata dalle diverse scelte deteriori del legislatore ordinario.

Le Corti superiori hanno dato a suo tempo una lettura costituzionalmente orientata del (vecchio) art. 2103 c.c., che ovviamente *presupponeva* una garanzia costituzionale della professionalità come parte integrante del diritto del lavoratore alla sua realizzazione personale: questo valore «presupposto», pertanto, sussiste tuttora e con esso va confrontato il disposto del nuovo art. 2103 c.c., con il risultato di affermarne l'incostituzionalità o di darle una *interpretazione correttiva*. Interpretazione correttiva per la quale la «tutela dell'inquadramento», essendo cosa diversa dalla tutela della professionalità, invece di soppiantarla, può anche affiancarsi a essa e integrarla. E vedremo tra breve, trattando dello spostamento a mansioni inferiori, unilateralmente disposto dal datore di lavoro, come esista uno spazio di integrazione tra vecchia e nuova disciplina.

3. — *Modifica in peius per atto unilaterale e nuovi limiti formali e sostanziali. Un caso di eterogenesi dei fini?* — Secondo la nuova disciplina dell'art. 2103, comma 2, c.c. il datore di lavoro ha anche il potere unilaterale di

(19) D'Antona (1999, 15), ove incisivamente l'Autore scrive: «Il diritto al lavoro è tra i principi fondamentali della nostra Costituzione e questa disposizione costituzionale merita di essere riconsiderata e "presa sul serio", in un tempo in cui la questione del lavoro torna al centro di ogni progetto di società futura».

«dequalificare» il lavoratore, ossia di adibirlo a mansioni riconducibili a un livello di qualifica inferiore, purché si tratti del livello immediatamente inferiore, le mansioni rientrano «nella medesima categoria legale» e sussista una pur labile e generica motivazione causale, costituita dalla «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore».

È una previsione all'apparenza traumatica perché infrange il «tabù» dell'adibizione a mansioni inferiori disposta unilateralmente dal datore di lavoro, a conferma della volontà di eclissare la professionalità come oggetto di primaria tutela, ma nel concreto risulta meno pericolosa di quanto sembri a una prima lettura, e sorprendentemente più garantista, a conti fatti, della precedente elaborazione giurisprudenziale formatasi, in clima di crisi economica mondiale, negli ultimi anni di vigenza del vecchio testo dell'art. 2103 c.c. Si è trattato – beninteso – di un apporto sicuramente involontario, frutto non della buona disposizione del legislatore delegato, ma della sua scarsa conoscenza delle effettive dinamiche conflittuali e vertenziali.

Tentiamo di giustificare queste forse sorprendenti considerazioni: nel momento in cui ha ammesso che il demansionamento unilaterale o concordato era legittimo ove si trattasse di salvaguardare il posto di lavoro, la giurisprudenza degli ultimi anni non ha affatto precisato la possibile ampiezza della dequalificazione stessa: poteva avvenire all'interno della stessa qualifica («mobilità a sinistra»), anche con adibizione a mansioni di qualifica inferiore e non di un solo livello, ma, al limite, persino di 4 o 5 livelli e addirittura con passaggi da responsabilità di quadro o impiegato di concetto a mansioni operaie.

Va anche notato che non si trattava, poi, sempre, di una rottura con la precedente professionalità, ma molto spesso di suoi «ridimensionamenti»: tipico e ricorrente era il caso dei lavoratori di categoria «quadri», come tali ormai in esubero, che andavano a occupare una posizione lavorativa inferiore ma quantitativamente omogenea.

Un esempio renderà il concetto: nella rete commerciale di una certa ditta, articolata in «zone» a loro volta rientranti in «aree», può accadere che le «aree» vengano accorpate e ridotte di numero e che alcuni capi area, tipicamente di categoria «quadri» risultino così in esubero, ma che sia fortunatamente libero qualche posto di capo zona di categoria impiegatizia di concetto. In casi del genere, ripetutisi con notevole frequenza, non vi è stata mai alcuna esitazione ad adibire alle mansioni di capo zona l'ex capo area esuberante, senza reale detrimento della professionalità, che è senz'altro omogenea nelle due posizioni lavorative, anche se ordinate gerarchicamente.

In casi del genere, dunque, si è avuto un ridimensionamento del ruolo professionale che ha comportato il passaggio non solo a mansioni di qualifica inferiore, ma anche di categoria legale inferiore, tipicamente da «quadro» a impiegato di concetto, il che diviene ora impossibile, almeno per atto unilaterale, stante il divieto di oltrepassare la barriera della categoria legale.

Si profila, insomma, una circostanza alquanto strana, e precisamente che, all'interno del livello di inquadramento (specie unico), la categoria legale costituisce un paletto, uno sbarramento. In tal modo, si fa rivivere una cosa antica, ovvero la previsione (e la suddivisione) di qualifiche differenti per operai e impiegati, superata da tempo dall'introduzione a opera della contrattazione collettiva dell'inquadramento unico, che si fonda, in un'ottica di maggior elasticità e mobilità sociale, su una pluralità di livelli professionali, comuni alle categorie degli impiegati e degli operai, ordinati su un'unica scala.

Detto diversamente, si ha l'impressione di assistere a una sorta di ritorno a una valutazione un po' formale e prettamente di *status* di impiegati e operai e, dunque, esterna alla professionalità vera e propria. O, per meglio dire, si avverte la preoccupazione di assicurare la tutela della suddivisione sociologica della professionalità sulla base delle categorie, ma non di garantire la tutela della professionalità vera.

Quanto al fondamento causale dell'atto datoriale di mutamento *in peius* delle mansioni (comunque di un solo livello di qualifica), certamente non è richiesta la situazione di esubero del lavoratore e di imminente pericolo di perdita del posto di lavoro, ma solo «una modifica degli assetti organizzativi aziendali», che è molto di meno, e tuttavia non si riduce alla stessa volontà del datore di lavoro.

In effetti, gli assetti organizzativi aziendali sono decisi dall'imprenditore, ma sarebbe irrazionale e illegittimo rimettere la collocazione a mansioni inferiori all'*arbitrium verum* del datore di lavoro, perché, allora, si finirebbe con il sottoporre il contenuto negoziale riguardante il «cuore» del rapporto di lavoro, ossia l'adibizione del lavoratore a una determinata mansione alla condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.), equivalente alla clausola, voluta dal datore di lavoro, espressa nella formula «ti manterrò nella mansione pattuita originariamente, se vorrò»; e questa sostanziale mancanza di vincolatività dell'obbligazione datoriale di garantire al lavoratore continuità professionale e perfezionamento del percorso professionale comporterebbe la nullità del negozio modificativo della mansione.

Occorrerà, dunque, che venga addotta e dimostrata l'esistenza di con-

dizionamenti esterni, di ordine produttivo o economico, che giustifichino il demansionamento, e cioè, anzitutto, l'esubero nelle mansioni precedenti del livello di qualifica superiore e anche l'impossibilità di adibizione ad altre mansioni di quella stessa qualifica.

Ma il limite e la garanzia più seri sono costituiti dal requisito formale, ossia dalla forma scritta *ad substantiam* che deve rivestire l'atto datoriale che dispone il demansionamento, secondo la previsione del comma 5 dell'art. 2103 c.c. (come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015), a mente del quale: «Nelle ipotesi di cui al comma 2 e al comma 4 il mutamento delle mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto al mantenimento del livello di inquadramento e del trattamento retributivo».

Il fatto è che l'intero nuovo regime del mutamento di mansioni per atto unilaterale può facilmente essere messo in crisi con l'utilizzo di tali regole. Anzitutto è assai poco probabile che il datore di lavoro proceda a emettere un atto unilaterale di demansionamento formale, che sarebbe subito impugnato sotto il profilo della mancanza dell'elemento causale e, di fatto, aprirebbe subito una situazione di contenzioso.

La via comune è quella di procedere a un demansionamento di fatto, sostenendo all'occorrenza che le nuove mansioni rientrano nel livello di qualifica di assunzione, quale semplice caso, oggi ampiamente ammesso, di «mobilità a sinistra».

Ma allora il lavoratore cercherà di dimostrare che le nuove mansioni, alle quali è stato di fatto adibito, sono in realtà di livello inferiore di qualifica, e ciò risulta abbastanza agevole, perché il livello di qualifica è caratterizzato, nella contrattazione collettiva, non solo «dai profili professionali», ma anzitutto dalle «declaratorie», nelle quali si pongono in evidenza il grado di autonomia, di discrezionalità, di esperienza professionale, di investitura del potere di coordinamento, di lunghezza della scala gerarchica che connotano i singoli livelli di qualifica.

E poiché se vi è stato effettivamente un demansionamento, sicuramente saranno stati incisi in senso peggiorativo uno o più elementi assunti come rilevanti nelle declaratorie, non vi saranno soverchie difficoltà a sostenere che le nuove mansioni sono di qualifica inferiore almeno di un livello.

E poiché manca l'atto formale di demansionamento, appunto tutto il comportamento del datore di lavoro sarà affetto da illegittimità, e potrà essere richiesta la reintegra nelle mansioni precedenti e il danno da demansionamento, così come avvenuto fino a ora. A meno che – occorre, però, aggiungere – le Corti Superiori rinneghino la loro pluriennale giu-

risprudenza e neghino ora che la professionalità costituisca un'entità protetta e garantita dalla valorizzazione costituzionale del lavoro (20); e ciò si ritiene alquanto improbabile, anche in considerazione del fatto che la nuova normativa affida al contratto collettivo, naturalmente privo di efficacia *erga omnes*, «il compito di classificare le attività del lavoratore ovvero di gestire il bene della professionalità (21) che si carica di una dotazione di carattere costituzionale» (22).

In conclusione, si è forse in presenza dell'ennesimo caso di «eterogenesi dei fini»: il legislatore è stato mosso da pessime intenzioni, quelle di ampliare al massimo il potere del datore di lavoro di variare *in peius* e comunque secondo il suo insindacabile arbitrio le mansioni del lavoratore. Ma il risultato finale è che modifiche già ammesse dalla giurisprudenza nel caso (peraltro sempre invocato dal potere datoriale) di pericolo per il posto di lavoro, connotate da sicura gravità perché comportanti la «discesa» a mansioni inferiori non di uno ma di più livelli, o appartenenti a diversa categoria legale, non sono più possibili o legittime.

E che la vasta prateria – per così dire – della «mobilità a sinistra» ora offerta al datore di lavoro rischia di rivelarsi, per le ragioni sopra spiegate, un pericoloso pantano con sabbie mobili.

Meglio sarebbe, allora, per la parte datoriale, percorrere l'altra larga via offerta dal nuovo art. 2103 c.c.: quella dei demansionamenti o delle dequalificazioni concordati, o in sede collettiva o in sede individuale.

A questo punto, però, si pongono problemi di notevole rilievo sia sotto il profilo civilistico, sia sotto il profilo costituzionale.

4. — *La modifica delle mansioni per accordo collettivo o individuale: una nuova via larghissima ma pericolosa* — La via alternativa dei demansionamenti concordati è segnata dai commi 4 e 6 dell'art. 2103 c.c., che prevedono, rispettivamente, accordi collettivi (23) e individuali in sede protetta.

(20) Mengoni (1976, 53), il quale sapientemente osservava che: «il dato peculiare dell'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto, che finora era la *ratio* dei limiti imposti all'autonomia negoziale del datore in ordine alla formazione delle condizioni di scambio sul mercato del lavoro e all'esercizio del potere del recesso, assume una ulteriore e più penetrante rilevanza giuridica quale criterio di attrazione nell'area degli interessi non patrimoniali del debitore del lavoro, sottratti in tutto o in parte alla disponibilità del creditore».

(21) Sulla necessità di valorizzare maggiormente la professionalità si veda Napoli 2004, VII.

(22) Sannino 2015, 69.

(23) Sul punto si veda Voza 2015, 204-205.

Nell'ambito degli accordi collettivi viene ora consentito all'autonomia collettiva di prevedere «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale».

Si è in presenza del consueto affidamento di potere derogatorio ai «sindacati amici» praticato in maniera assai intensa dai Governi, per così dire «dall'epoca Marchionne», e che ha avuto il suo culmine e il suo simbolo nella legge Sacconi (l. n. 148/2011).

I tempi, però, sono cambiati e gli sviluppi intervenuti in tema di rappresentanza sindacale e di accordi intersindacali in tema di efficacia dei contratti collettivi rendono inattuale quel tipo di investimento politico e comporterebbero una troppo ampia digressione sul complesso tema. In breve, non sembra probabile che i sindacati confederali vogliano allargare le già ampie maglie del comma 2 dell'art. 2103 c.c., o comunque che lo vogliano tutti e che ignorino le contestazioni del sindacato autonomo che sul tema specifico sarebbero sicure e decise.

D'altro canto, una volta autorizzato il demansionamento in altre ipotesi contemplate dall'accordo collettivo, dovrebbe poi seguire l'atto scritto di demansionamento del datore di lavoro con le stesse caratteristiche previste dal comma 2.

La via vera (e larga come un'autostrada) è quella dell'accordo individuale «in sede protetta», ai sensi dell'art. 2113 c.c., che consente, in sostanza, qualsiasi manipolazione o modificazione o peggioramento dell'inquadramento in qualifica e categoriale, delle mansioni affidate.

Si tratta di una prospettiva assai grave, sia dal punto di vista teorico e di principio che pratico: dal punto di vista teorico, la professionalità diviene un bene del tutto disponibile e non più un diritto della persona; nel profilo pratico, la «sede protetta» è, per lo più, una mera illusione, come ben sanno gli operatori giuridici con esperienza specifica e, comunque, presuppone una «fase aziendale» a monte della costruzione dell'accordo di demansionamento, destinato a essere poi ratificato nella sede protetta, durante la quale potrà essere esercitato ogni tipo di pressione o di minaccia. E con piena sicurezza di risultati positivi per il datore di lavoro, visto che non c'è più o quasi l'art. 18 dello Statuto a fondare una possibile resistenza del lavoratore.

Va anzitutto rilevato che l'accordo individuale è solo apparentemente condizionato dalla ricorrenza di presupposti causali che, a ben vedere, si riducono a forme generiche e vuote, quali «l'interesse alla conservazione dell'occupazione», «l'acquisizione di nuova professionalità», il «miglioramento delle condizioni di vita», destinate a essere utilizzate come semplice premessa di stile al testo dell'accordo.

Quest'ultimo, a sua volta, ha un contenuto non già transattivo (e, dunque, il riferimento alla sede protetta dell'art. 2113 c.c. rischia di essere concettualmente fuorviante), ma di modifica del contratto di lavoro in corso, che può essere talmente profonda da configurare una vera e propria novazione contrattuale. Una semplice riflessione suggerisce che, se le parti sono veramente d'accordo a che il lavoratore passi da una qualifica di impiegato o quadro a quella di operaio con abbassamento di tre o quattro livelli e corrispondente riduzione della retribuzione, sarebbe più semplice e lineare per loro risolvere consensualmente il vecchio contratto e concluderne un altro nuovo e diverso. Come si è sempre fatto – viene da dire – da che mondo è mondo.

La ragione del ricorso al meccanismo della modifica del vecchio contratto, che resta unico, in sede protetta, è una ragione sostanzialmente ideologica: quella, cioè, di sancire formalmente che la professionalità non è un diritto personale del lavoratore, tanto da essere del tutto disponibile in via negoziale, senza limite alcuno salvo l'accoglimento, invero solo rituale, della sede protetta.

La riuscita o meno di questa operazione dipende, però, dalla valutazione della sussistenza o meno di un rango costituzionale della identità e crescita professionale come diritto della persona che lavora (24). Perché, se la valutazione fosse positiva, come deve esserlo a nostro avviso, e come è sempre disceso dalle elaborazioni delle Corti Superiori sul «vecchio» art. 2103 c.c., allora quell'accordo modificativo avrebbe la stessa sorte di un accordo con il quale il lavoratore accettasse, ad esempio, modifiche *in peius* delle misure di sicurezza e igiene già poste a tutela della sua salute, ossia la nullità assoluta dell'intesa, previa dichiarazione di illegittimità dell'eventuale norma di legge ordinaria che sancisse una possibilità di un *décalage* concordato dei livelli di sicurezza.

Accanto a questi evidenti problemi di costituzionalità, la previsione normativa in esame (comma 6 dell'art. 2103 c.c.) rischia di innescare un contenzioso molto grave, perché, come noto, il raggiungimento di accordo in sede protetta non impedisce l'impugnabilità dell'accordo stesso per «cause comuni» di invalidità del contratto, quali dolo e violenza morale. Si è detto che gli accordi ipotizzati nel comma 6 in discorso, da concludersi nella sede protetta di cui all'art. 2113 c.c., presuppongono un accordo e una negoziazione «a monte», per così dire endoaziendale, la qua-

(24) *Ex pluribus*, Cass. 2.5.2006, n. 10091, in www.overlex.it; Cass. 25.5.2005, n. 6326, in www.mobbing-prima.it.

le avrà il più delle volte, per il lavoratore, lo spiacevole significato dell'alternativa «o quello o il licenziamento».

Un tempo, dottrina e giurisprudenza indicavano l'imposizione di questa alternativa con il termine, anodino e colto, di «recesso modificativo», ma ora, finalmente, la Corte di Cassazione (25) l'ha riconosciuta e denominata come «estorsione», con applicazione della fattispecie e delle pene di cui all'art. 629 c.p.

Il «vecchio» art. 2103 c.c., con la sua previsione di nullità dei patti contrari in tema di demansionamento, poneva un argine preventivo alle tentazioni ricattatorie, che è stato per molti lustri efficace. Ora, l'averlo eliminato, a opera del legislatore neoliberista, non conferisce, in realtà, alla parte datoriale un potere illimitato, ma la espone a gravi rischi.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore*, in *Il codice civile*. Commentario diretto da Schlesinger P., Giuffré, Milano.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il Jobs Act (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *VTDL*, 39 ss.
- D'Antona M. (1999), *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, Supplemento al n. 3, 15 ss.
- Del Conte M. (2016), *Il «Jobs Act» e la protezione del lavoro: variazioni metodologiche*, in *VTDL*, 21 ss.
- Farluga L. (2016), *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, in *VTDL*, 69 ss.
- Gallino L. (2000), *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Bari.
- Gallino L. (2011), *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino.
- Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Giugni G. (1975), voce *Mansioni e qualifica*, in *ED*, XXV, Giuffré, Milano, 554 ss.
- Gragnoles E (2016), *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in *VTDL*, 3 ss.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257, 1-25.

(25) Cass., S. pen., 5.5.2016, n. 18727, in www.diritto24.ilssole24ore.com.

- Mengoni L. (1976), *I poteri dell'imprenditore*, in *Problemi giuridici dell'impresa*, in *Atti dei convegni dei Lincei n. 22*, 46 ss.
- Meucci M. (2008), *Considerazioni sulla cd. «professionalità dinamica»*, in *www.laprevidenza.it*.
- Miscione M. (2015), *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, n. 5, 437 ss.
- Monateri P.G. (1998), *Globalizzando il diritto: «a bordo di auto potentissime su strade secondarie»*, *Biblioteca della Libertà*, XXXIII, n. 146, 31 ss.
- Napoli M. (2004), in Aa.Vv., *La professionalità*, Vita e Pensiero, Milano.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Romagnoli U. (1979), *Sub art. 13, Statuto dei diritti dei lavoratori, artt. 1-13*, Zanichelli, Bologna-Roma, 217 ss.
- Sannino A. (2015), *La revisione della nuova disciplina delle mansioni e le nuove dimissioni*, in Aa.Vv., *Il Jobs Act. Tutte le novità del governo Renzi in materia di lavoro*, La Tribuna, Piacenza, 65-75.
- Santoro E. (2008), *Diritto e diritti, lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino.
- Sparkes R. (2002), *Socially Responsible Investment. A global Revolution*, Wiley, Chichester.
- Strange S. (1996), *The Retreat of the State: the diffusion of power in the world economy*, New York, Cambridge University Press, trad. it., 1998, *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, il Mulino, Bologna.
- Tampieri A. (2016), *L'accordo individuale di dequalificazione*, in *VTDL*, 107 ss.
- Treu T. (1972), *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *RTDPC*, n. 3, 1027 ss.
- Voza R. (2015), *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, 2, Cacucci, Bari, 199 ss.

ABSTRACT

La riforma delle mansioni introdotta dal Jobs Act ha determinato un deterioramento della dignità della persona che lavora e una involuzione della normativa che regolamentava le mansioni, perfino peggiorativa del vecchio testo dell'art. 2103 c.c., in vigore prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dello Statuto dei lavoratori.

Non si tratta solo di una modifica delle regole garantiste, ma anzitutto di due filosofie diverse che rimandano rispettivamente a una concezione umanistica del lavoro e dell'impegno sociale attraverso il lavoro delle persone e a una visuale piramidale e burocratica dell'organizzazione produttiva e sociale nella quale la persona è qualificata attraverso un grado, ed è questo semmai che in certi limiti viene tutelato. L'intera tematica può essere riassunta nell'alternativa tra «tutela della professionalità» e «tutela dell'inquadramento».

IDEOLOGY AND RULES IN THE NEW DISCIPLINE OF CHANGING
AN EMPLOYEE'S CONTRACTUAL DUTIES

The reform of the duties introduced by the Jobs Act has led to a deterioration of the dignity of human work and an involution of employee discipline of duties, even pejorative of the previous text embodied in Article 2103 of the Civil Code, in force of the current text before the introduction of the Italian Workers' Statute of Rights (Law n. 300/1970). This is not only a change of the workers' rights, but also the most important confirmation that two methods of reasoning can be used, with a very different «feel» to them, in the sense that one is the Humanistic approach to work and the other is the Bureaucratic management approach, built on the organization's efficiency and productivity.

NOTE E COMMENTI

Domenico Borghesi (*)

L'ONERE DELLA PROVA NEI LICENZIAMENTI DISCIPLINARI E DISCRIMINATORI (**)

SOMMARIO: 1. L'insussistenza del fatto contestato. — 2. L'insussistenza del fatto materiale direttamente dimostrata in giudizio. — 3. L'onere di dimostrare direttamente l'inesistenza del fatto materiale incombe sul lavoratore? — 4. La prova diretta e la prova indiretta. — 5. La prova del fatto negativo. — 6. La prossimità della prova. — 7. La repressione dei comportamenti discriminatori e i relativi processi. — 8. L'incrocio delle procedure per i comportamenti discriminatori con quelle per i licenziamenti. — 9. L'onere della prova ordinario e quello agevolato. — 10. L'adattabilità dell'onere probatorio agevolato a diversi sistemi processuali. — 11. L'unitarietà della tutela (con particolare riferimento alla prova) pur nella diversità dei riti applicati alle discriminazioni.

1. — *L'insussistenza del fatto contestato* — Nel testo dell'art. 18 St. lav. novellato dalla legge n. 92/2012 in tema di illegittimità del licenziamento disciplinare erano previste tre diverse tutele, delle quali solo una era caratterizzata dalla reintegrazione, mentre le altre prevedevano come sanzione un'indennità risarcitoria, ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, cui la pronuncia giudiziale non poteva porre rimedio.

In particolare, il nuovo comma 4 dell'art. 18 prevedeva espressamente che la reintegra fosse ammessa in caso di «insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

Come è noto, da subito parte della dottrina e della giurisprudenza di merito ha dato dell'espressione «insussistenza del fatto contestato» un'interpretazione adeguatrice, tale da non considerare solo la materialità della condotta e da recuperare «il canone di proporzionalità tra adempimento e sanzione» (1).

(*) Già professore ordinario di diritto processuale civile presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

(**) Il presente scritto riproduce, con qualche modifica e l'aggiunta delle note, una relazione tenuta il 18 marzo 2016 all'Università Ca' Foscari di Venezia.

(1) Amoroso 2014, 1317.

La Cassazione è ben presto intervenuta nel tentativo di rimettere le cose a posto, statuendo che «la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a base del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all'individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui sussistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato» (2).

2. — *L'insussistenza del fatto materiale direttamente dimostrata in giudizio* — A meno di un anno dalla citata sentenza della Cassazione la situazione è cambiata in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 3 marzo 2015, n. 23, attuativo della legge n. 183 del 2014, che disciplina il contratto di lavoro a tutele crescenti, il cui art. 3, comma 1, prevede che, nel caso in cui «non ricorrono gli estremi» dei licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria. Il comma 2 del medesimo articolo invece stabilisce che, negli stessi casi, qualora sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, «il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegra».

Il problema, chiaramente, sta nell'interpretare l'espressione usata dal legislatore per definire il caso in cui può essere irrogata la sanzione della reintegra, non tanto per il riferimento all'insussistenza del fatto materiale, che rappresenta un chiarimento (3) di quanto previsto nel testo dell'art. 18, comma 4, St. lav. novellato dalla legge n. 92/2012, quanto per l'uso dei termini «direttamente dimostrata» riferiti alla insussistenza del fatto materiale. Termini indubbiamente insoliti, perché capaci forse di indurre suggestioni, ma totalmente privi di un preciso contenuto tecnico-giuridico.

3. — *L'onere di dimostrare direttamente l'inesistenza del fatto materiale incombe sul lavoratore?* — Per la verità, le suggestioni di cui ho appena detto trovano conferma nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 23/2015, nella

(2) Cass. 6.11.2014, n. 23669, in *Pluris*.

(3) Non si può negare che il chiarimento sia stato utile, visto che la Cassazione sembra avere mutato indirizzo rispetto alla pronuncia citata alla nota precedente [v. Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *Pluris*, e Cass. 20.9.2016, n. 18418, ivi, le quali considerano insussistente anche il fatto (sussistente ma) privo del carattere di illecità].

quale si legge quanto segue: «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (una fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore».

I primi interpreti che si sono occupati della questione hanno sostanzialmente aderito all'indicazione fornita dalla relazione illustrativa, ritenendo che l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, sia pure solo con riferimento alla reintegra, abbia introdotto una deroga alla regola generale in materia di licenziamento dettata dall'art. 5, legge n. 604/1966 (4), accollando al lavoratore l'onere di provare l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento.

Deroga che si desumerebbe dall'uso dell'avverbio «direttamente», il quale deporrebbe «univocamente nel senso appunto del limite di utilizzazione – e, ancor prima, di ammissibilità – della prova indiretta, e quindi delle presunzioni e della prova sui fatti secondari, quelli, pure, da cui si ricava l'esistenza dei fatti primari» (5).

Gli Autori citati sostengono anche che l'interpretazione di cui si è appena detto è l'unica possibile, perché il testo in questione non lascia alternative, ma che l'approdo cui potrebbe condurre è la declaratoria di illegittimità costituzionale, essendo «palese il *vulnus* all'art. 24 Cost. anche in combinazione con l'art. 3, comma 1, Cost.» (6).

Come ho già avuto occasione di dire in altra sede (7), l'interpretazione sopra sommariamente riassunta non mi convince per due motivi che sono stati, se non trascurati, certamente sottovalutati e che invece a me sembrano le indispensabili premesse da cui bisogna muovere per affrontare l'enigma che il legislatore ci ha sottoposto.

Il primo motivo è che il comma 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, non interviene esplicitamente sulla distribuzione dell'onere della prova e che quindi il ribaltamento dello stesso è desunto da un dato, a dir poco, equivoco quale è il famoso «direttamente».

Il secondo motivo è che dall'uso dell'espressione «fatto materiale» si può ragionevolmente desumere la volontà del legislatore di chiarire quanto in

(4) Perrone 2016, 285.

(5) De Angelis 2015, 13 ss. Nello stesso senso, v. Lai (2016, 138), secondo il quale la terminologia usata dal legislatore «rende chiaro l'intendimento di spostare l'onere della prova del fatto negativo sul lavoratore», e Giubboni, 2015, 19.

(6) De Angelis, 2015, 13. Nello stesso senso si esprimono anche gli Autori citati alla nota precedente.

(7) Borghesi 2015, 2 ss.

precedenza era oscuro, sulla scia della Cassazione (8) che già aveva affermato la «distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione». Distinzione che, ovviamente, di per sé, non evoca alcun rovesciamento dell'onere della prova.

4. — *La prova diretta e la prova indiretta* — Ciò detto, veniamo all'interpretazione dell'espressione «direttamente dimostrata in giudizio l'insistenza del fatto materiale contestato», per chiarire innanzitutto che sembra sbagliata e fuorviante l'idea che, più o meno sotto traccia, circola nei primi commenti, secondo la quale sarebbe evocato il concetto di prova diretta. Come se «direttamente dimostrata» fosse sinonimo di «direttamente provata» (9) o di «dimostrata con la prova diretta».

In realtà una simile suggestione non può essere presa in considerazione per il buon motivo che per prova diretta si intende quella che ha a oggetto (direttamente) il fatto costitutivo e che, per ovvi motivi, non può applicarsi ai fatti negativi i quali debbono essere dimostrati tramite la prova di fatti positivi incompatibili. Cioè attraverso la prova indiretta che si ha «quando l'oggetto di prova sia costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione» (10).

Abbandonata questa suggestione, l'impressione è che il legislatore abbia introdotto una distinzione nell'ambito dell'originaria azione di impugnazione del licenziamento disciplinare, sdoppiandola in due distinte sottoazioni. La prima consistente in una domanda genericamente volta a ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento per la mancanza di uno qualsiasi degli elementi della fattispecie, con conseguente condanna alla corresponsione dell'indennità risarcitoria.

La seconda avente come *petitum* la reintegrazione e come *causa petendi* l'inesistenza del fatto materiale.

Il «direttamente», in questo ordine di idee, vuole significare che l'inesistenza del fatto materiale, invece di essere ricompresa fra gli elementi cui l'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, allude nel comma 1, parlando della non sussistenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, diventa fatto costitutivo di una domanda ulteriore che ha come *petitum* la reintegra. E così viene fatto valere «direttamente».

Ciò detto, però, non si è risolto e neppure affrontato il problema vero,

(8) Cass. 6.11.2014, n. 23669, cit.

(9) De Angelis 2015, 13, nota 42.

(10) Taruffo 1992, 16.

che è quello della distribuzione dell'onere della prova nell'«azione diretta», in quella cioè volta a ottenere la reintegra.

Se si parte dal presupposto che ho enunciato in precedenza come premessa, e cioè che la legge non dice nulla in proposito, le possibili soluzioni sono due.

Prima ipotesi: la più ovvia conseguenza del silenzio del legislatore sembrerebbe la perdurante applicabilità della regola dettata in materia di licenziamenti dall'art. 5, legge n. 604 del 1966.

Tuttavia a questa soluzione si potrebbe obiettare che, così ragionando, la domanda «diretta» di reintegrazione finirebbe per non differenziarsi da quella generica con la quale è chiesta la declaratoria di illegittimità del licenziamento, se non per il fatto che l'accertamento è mirato sull'inesistenza del fatto materiale.

Seconda ipotesi: non si applica l'art. 5, legge n. 604/1966.

Ciò non implica tuttavia che ne derivi automaticamente il ribaltamento dell'onere della prova sul lavoratore.

Bisogna vedere quale ne è la distribuzione secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., senza il correttivo dell'art. 5, legge n. 604/1966. Secondo una opinione ampiamente diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza, la soluzione offerta dalla legge n. 604 del 1966 è quella che deriverebbe dall'applicazione della regola generale enunciata dall'art. 2697 c.c. Infatti «la giustificazione del recesso configura sicuramente un fatto costitutivo della fattispecie genetica della facoltà di licenziamento o, se si vuole, un fatto impeditivo dell'azione di annullamento del licenziamento proposta dal lavoratore, al quale basta dimostrare l'esistenza del rapporto di lavoro e il licenziamento» (11).

5. — *La prova del fatto negativo* — Tuttavia, anche volendo considerare l'inesistenza del fatto materiale alla stregua del fatto costitutivo del diritto alla reintegra, che come tale deve essere a carico dell'attore (cioè dal lavoratore), bisogna tenere presente che la regola di giudizio sull'onere della prova cessa di essere così netta come appare dallo schema tracciato dall'art. 2697 c.c. per adattarsi a un caso in cui può non essere agevole identificare i fatti positivi contrari idonei a dimostrare il fatto negativo.

La Cassazione, in una famosa pronuncia delle Sezioni Unite (12), pur ricordando, senza smentirlo, l'orientamento secondo il quale nel nostro ordinamento «non vige la regola secondo la quale “*negativa non sunt proban-*

(11) Vallebona 1999, 403.

(12) Cass. 30.10.2001, n. 13533, S.U., in *Pluris*.

da” ma opera il principio secondo cui la prova dei fatti negativi può essere data mediante la prova dei fatti positivi contrari», sottolinea come tale tecnica probatoria non sia agevolmente praticabile. Conclude quindi ritenendo «conforme all’esigenza di non rendere eccessivamente difficile l’esercizio del diritto del creditore a reagire all’inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l’onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l’inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all’adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall’adempimento».

6. — *La prossimità della prova* — Il principio enunciato dalle Sezioni Unite è poi stato confermato in numerose occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha, anche di recente, ribadito «il principio di prossimità della prova, che si traduce nell’attribuire a chi aveva, secondo la precedente impostazione, l’onere di provare il fatto negativo un mero onere allegatorio e nell’attribuire alla sua controparte l’onere di provare il fatto positivo contrario» (13). Importanti applicazioni del principio della prossimità della prova ci sono state anche in materia di responsabilità extracontrattuale (14).

Per quanto riguarda, in specifico, la materia lavoristica, le Sezioni Unite hanno affermato che il principio della vicinanza o disponibilità deve valere quando si tratta del «requisito occupazionale», vale a dire della forza lavoro dell’impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche dal loro *status* (15).

Insomma, secondo la Cassazione la normale regola di giudizio, quando ha a oggetto fatti negativi, deve essere assoggettata a una sorta di test o prova di resistenza per verificarne la conformità ai canoni costituzionali e, in particolare, alla garanzia della difesa prevista dall’art. 24 Cost. Tale test ha come parametro di riferimento il principio di prossimità della prova, sulla base del quale il relativo onere deve gravare su chi ha la disponibilità degli elementi indispensabili per fornirla, e non su chi da tale disponibilità si trova a essere escluso.

In altre parole, come è stato efficacemente osservato, secondo le Sezioni

(13) Cass. 29.1.2016, n. 1665, in *Pluris*.

(14) Cass. 11.1.2008, n. 582, S.U., in *RCP*, 2008, 688 ss.

(15) Cass. 1.1.2006, n. 141, S.U., in *Pluris*.

Unite, l'art. 2697 c.c. deve essere interpretato come se fosse formulato nel modo seguente: «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti costitutivi dello stesso, ossia quelli la cui prova è nella sua disponibilità, mentre quelli che non è in grado di provare sono estintivi (o modificativi e impeditivi) e devono essere rappresentati dalla controparte» (16).

Se si riporta l'insegnamento della Cassazione al nostro caso e si guarda il fenomeno dal punto di vista della «prossimità», non vi è dubbio che colui il quale ha in mano tutti gli elementi indispensabili per assolvere l'onere della prova è chi ha allegato il fatto della cui esistenza/inesistenza si discute, cioè il datore di lavoro, e non certo chi (il lavoratore) tale fatto se lo è visto recapitare bello e confezionato con la contestazione di addebito disciplinare.

Tutt'al più ci si potrebbe chiedere se il criterio della «vicinanza» si riferisca al fatto materiale nella sua interezza o se imponga di distinguere all'interno dello stesso le diverse circostanze che lo compongono, per poi vagliare quali rientrino nella disponibilità del lavoratore e quali in quella del datore di lavoro, con conseguente possibile frazionamento della regola di giudizio.

Si pensi, ad esempio, a un furto addebitato al dipendente. In questo caso – a mio avviso – l'elemento psicologico (dolo) deve essere ricompreso nel concetto di fatto materiale contestato, perché oggetto della contestazione qualificata dal dolo, che quindi si pone come elemento costitutivo della condotta (17). È probabile che, se si considerano separatamente l'accadimento nella sua materialità e l'elemento psicologico, quasi sempre, il primo si trovi nella prossimità-disponibilità del datore di lavoro e il secondo in quella del lavoratore.

Tirando le somme, mi pare si possa dire che, se il legislatore avesse voluto accollare l'onere di provare l'inesistenza del fatto materiale al lavoratore, avrebbe dovuto farlo in modo esplicito, sfidando a viso aperto le censure di illegittimità costituzionale nelle quali sarebbe sicuramente incorso.

Se invece si è affidato a una formulazione volutamente ambigua e poco puntuale dal punto di vista terminologico («direttamente»), non può sperare (ammesso che l'abbia sperato) che gli interpreti ne rendano esplicito il significato recondito.

(16) Besso, 2016, 54.

(17) Conseguentemente, quando «la contestazione riguarda un fatto doloso, e quindi per l'integrazione dei fatti giuridicamente legittimanti il licenziamento è necessario il dolo, il datore di lavoro non può limitarsi a provare la sussistenza dei fatti addebitati nella loro materialità, ma è tenuto a provare anche il dolo» (Tatarelli, 2015, 214, e giurisprudenza citata alla nota 120).

Gli interpreti, infatti, non possono che fare il loro mestiere, che è per l'appunto quello di interpretare, applicando i normali canoni ermeneutici, e soprattutto curando che l'interpretazione prescelta sia quella che maggiormente si accorda con i canoni della Costituzione.

7. — *La repressione dei comportamenti discriminatori e i relativi processi*
— Restando sul tema della prova, vorrei dedicare qualche breve considerazione ai comportamenti discriminatori, con particolare riferimento ai licenziamenti.

Non a torto la situazione processuale in cui versano le azioni contro i comportamenti discriminatori del datore di lavoro è stata definita una «Babele» (18).

Non è impossibile, infatti, reperire una definizione unitaria di discriminazione, quale è quella dell'art. 43, comma 2, lett. e, d.lgs. n. 286 del 1998, che definisce «discriminatorio un qualsiasi atto o comportamento posto in essere dal datore di lavoro che produca effetti pregiudizievoli, discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione» di una serie di elementi specifici o «fattori di rischio» sui quali la discriminazione si fonda.

Tuttavia, se si guarda alle modalità tramite le quali viene attuata la tutela, cioè al versante processuale, ci si accorge che, a fronte di una concezione unitaria della discriminazione, le modalità previste dal nostro ordinamento per combatterla sono estremamente frammentate e gli elementi che consentono una *reductio ad unitatem* sono rari e difficili da combinare con il contesto nel quale sono inseriti.

Sotto il profilo processuale, il punto di partenza obbligato nell'analisi dei procedimenti a tutela della parità di trattamento è l'art. 15 St. lav., il quale sancisce la nullità di un «qualsiasi patto o atto diretto a:

- a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca a un'associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;
- b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altri trimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione a uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali» (19).

(18) La definizione è di De Angelis (2015, 15).

(19) Montuschi 1981, 457.

Con l'azione di nullità si registra il tentativo legislativo di raggruppare le varie forme di discriminazione, accomunando quelle sindacali alle altre, e di costituire un mezzo di tutela unitario nel quale confluiscono tutti i possibili profili che gli atti e comportamenti discriminatori sono in grado di assumere. Tentativo che si riferisce principalmente agli atti negoziali, dei quali si può chiedere la dichiarazione di nullità, e che si affianca alle forme speciali di tutela previste, in modo differenziato, per le singole tipologie di discriminazione.

Un'altra tutela unitaria del sistema discriminatorio è rappresentata dall'azione contro i trattamenti economici collettivi discriminatori. È, infatti, vietata la corresponsione di trattamenti economici di maggior favore aventi carattere discriminatorio (art. 16 St. lav.). Se il comportamento discriminatorio, posto in essere dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 15 St. lav., si traduce in un indebito trattamento economico, su domanda dei lavoratori discriminati o delle associazioni sindacali alle quali questi hanno dato mandato, il giudice, se i fatti sono accertati, condanna il datore di lavoro al pagamento, a favore del fondo adeguamento pensioni, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno (art. 16, comma 2, St. lav.). Si tratta di un'azione che non ha carattere risarcitorio, ma è finalizzata all'applicazione di una sanzione e rientra quindi tra i casi di giurisdizione oggettiva (20).

Va poi ricordato l'art. 28 St. lav., il quale introduce un procedimento speciale, a struttura sommaria, per la repressione di «tutti i comportamenti diretti a impedire l'esercizio dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero». Comportamenti che, a volte, consistono nella discriminazione di singoli lavoratori per la loro affiliazione e/o attività sindacale o per l'esercizio del diritto di sciopero.

Vi sono infine interventi legislativi che dettano specifiche discipline sostanziali e processuali in materia di divieto di discriminazione:

– il d.lgs. n. 215/2003, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla Direttiva n. 2000/43/Ce, che disciplina la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica;

– il d.lgs. n. 216/2003, che ha recepito il contenuto della Direttiva n. 2000/78/Ce, altrimenti nota come direttiva «altre discriminazioni», la quale si occupa delle discriminazioni basate su convinzioni personali, religiose, handicap, età e orientamento sessuale;

– il Codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), che si occupa del comportamento discriminatorio fondato sul sesso e promuove, sul pia-

(20) Borghesi 2013a, 462.

no sostanziale, le pari opportunità di carriera e di lavoro tra i sessi, e lascia all'attore la scelta tra il rito «ordinario» del lavoro e un rito speciale molto simile (ma non identico) a quello delineato dall'art. 28 St. lav.;

– il d.lgs. n. 150/2011, che ha ricondotto il procedimento contro le discriminazioni definite nei d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003, nonché del d.lgs. n. 286/1998, al modello del rito sommario di cognizione *ex artt. 702-bis ss. c.p.c.* (21).

8. — *L'incrocio delle procedure per i comportamenti discriminatori con quelle per i licenziamenti* — La legislazione appena ricordata si incrocia poi con quella sui licenziamenti e, in particolare (per quello che qui interessa), con le norme processuali loro specificamente dedicate. Norme consistenti anche in un rito speciale che si caratterizza per essere riferito ai licenziamenti rientranti nell'orbita applicativa dell'art. 18 St. lav. e per essere obbligatorio (22), non potendo il ricorrente utilizzare né il rito «ordinario» del lavoro, né altri riti speciali. La situazione si è semplificata stante l'inapplicabilità del rito Fornero ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, sancita dall'art. 11, d.lgs. n. 23/2015, ma per gli altri resta immutata (23).

In sintesi, si può notare che lo schema processuale usato dall'art. 28 St. lav. e dalla legge che disciplina le discriminazioni in ragione del sesso è quello del procedimento sommario, cui è possibile fare opposizione dando l'avvio a un processo a cognizione piena che si snoda nei tre ordinari gradi di giudizio, mentre quello applicato nella tutela contro le altre discriminazioni è il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* c.p.c. (che non è chiaro se debba considerarsi davvero sommario o destrutturato, ma a cognizione piena), la cui decisione non è impugnabile con l'opposizione, ma con l'appello. Quando il comportamento discriminatorio è un licenziamento rientrante nell'orbita dell'art. 18 St. lav., concorre con quelli appena descritti uno schema processuale ancora diverso, caratterizzato dall'inedito abbinamento tra una fase sommaria e una a cognizione piena destrutturata sia in primo grado che in appello.

9. — *L'onere della prova ordinario e quello agevolato* — Per quanto riguarda la prova, non sono previste deroghe specifiche in materia di com-

(21) Tarquini 2015, 19 ss.

(22) Buoncristiani 2014, 369 ss.

(23) A proposito del binario morto sul quale è stato posto il cd. rito Fornero v. Perrone 2016, 272 ss.

portamenti antisindacali, di accertamento della nullità dei comportamenti discriminatori ai sensi dell'art. 15 St. lav. e contro i trattamenti economici collettivi discriminatori *ex* art. 16 St. lav. Ma anche in materia di licenziamenti sembrerebbe valere il principio generale previsto dall'art. 2697 c.c. In questo ordine di idee la giurisprudenza ritiene che l'onere di provare l'antisindacalità della condotta tenuta dal datore di lavoro gravi sul sindacato (24) e quello di provare il carattere discriminatorio (25) o antisindacale (26) del licenziamento gravi sul lavoratore.

Le cose sono disciplinate in modo diverso dalle normative sulle discriminazioni in ragione del sesso e sulle cd. «altre discriminazioni» (razza, origine etnica, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale), le quali prevedono, con dizioni quasi identiche, che «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

Secondo alcuni, in questo modo, si sarebbe invertito l'onere della prova (27). Secondo altri, questo sarebbe stato semplicemente alleggerito tramite l'introduzione di presunzioni semplici o legali, a seconda del valore che si dà all'espressione «precisi e concordanti» (mutuata dall'art. 2729, comma 2, c.c. senza peraltro richiamare il termine «gravi») (28). L'incrocio tra procedimenti speciali e procedimento ordinario (intendendo per tale quello del lavoro) e tra procedimenti speciali di diverso tipo si risolve senza troppe difficoltà, quando il ricorrente ha la facoltà di scegliere tra diverse procedure poste dalla legge in alternativa.

La cosa si complica quando l'alternativa non c'è, come accade per il licenziamento che, come si è detto, aveva e, in parte, ancora ha come suo rito quello speciale introdotto dalla l. n. 92/2012, previsto come esclusivo e non in alternativa quello «ordinario» del lavoro di cui agli artt. 409 ss.

(24) Cass. 19.8.1986, n. 5089, in *MGL*, 1986, 479.

(25) Cass. 14.3.2013, n. 6501, e Cass. 2.8.2002, n. 11633 S.U., entrambe in *Pluris*; v. anche Borghesi 2013b, 510 ss., e Tatarelli 2015, 410.

(26) Cass. 14.7.2005, n. 14816, in *Pluris*.

(27) Vallebona 2001, 811.

(28) De Angelis 1993, 110. Questa è la posizione della Corte di Cassazione (5.6.2013, n. 14206, in *Pluris*), la quale ritiene che l'eliminazione del requisito della gravità dei fatti posti a base della presunzione è, in qualche modo, riequilibrata dalla «serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare il ragionamento probabilistico».

10. — *L'adattabilità dell'onere probatorio agevolato a diversi sistemi processuali* — Alla luce di quanto appena detto ci si chiede se il licenziamento discriminatorio intimato a lavoratori che godono del regime *ante* contratto a tutele crescenti debba necessariamente essere impugnato con il rito Fornero o se si possa utilizzare il rito per la repressione dei comportamenti discriminatori o se, ancora, si possa ricorrere al rito ordinario del lavoro. Questione, questa, che sembrerebbe avere una ricaduta pratica importante perché le tutele in materia di discriminazioni prevedono agevolazioni probatorie e di altro tipo che il regime ordinario non offre.

La Corte d'Appello di Milano (15.4.2014) (29) ha affrontato il problema statuendo che: «La domanda principale era diretta all'accertamento del comportamento discriminatorio della società la cui conseguenza, in caso di accoglimento, era la rimozione degli effetti di tale discriminazione; effetti che non potevano che comportare la dichiarazione di nullità del licenziamento con applicazione delle conseguenze previste dall'art. 18 St. lav. ovvero di quelle previste dal diritto comune della rimessione in servizio. In questo contesto, pertanto, la domanda diretta a ottenere la nullità/inefficacia del licenziamento non può essere qualificata come "domanda avente per oggetto l'impugnazione del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav.", così come richiesto dalla l. n. 92/2012 per l'applicazione del rito sommario ivi previsto, non essendo essa proposta in via autonoma ma come mera conseguenza di un previo accertamento, ossia come misura diretta a rimuovere la situazione illecita».

In buona sostanza, la Corte milanese sembra ritenere che, di fronte a un licenziamento discriminatorio, la parte possa scegliere se impugnarlo come tale o come atto discriminatorio, seguendo poi la via procedurale più appropriata.

È chiaro che in questo modo si crea una distinzione del tutto fittizia tra licenziamento considerato come tale e licenziamento considerato come atto discriminatorio, e poi finisce per essere eluso il problema vero, che è il seguente: le agevolazioni probatorie previste in specifiche procedure dedicate ad altrettanto specifici comportamenti discriminatori possono essere applicate quando di tali comportamenti il giudice si trova a conoscere al di fuori dell'ambito processuale previsto? Ancora, le facilitazioni in tema di onere della prova delle discriminazioni valgono solo per le tipologie cui espressamente si riferiscono o anche alle altre per le quali il regime probatorio agevolato non è espressamente previsto?

Una risposta al secondo quesito è stata data dalla Corte d'Appello di

(29) C. App. Milano 15.4.2014, in *DeJure*.

Roma con la sentenza 19.10.2012 (30), che ha ritenuto ammissibile un ricorso proposto per la repressione sia dell'attività antisindacale che di quella discriminatoria, ha dichiarato che «nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dalla eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, può essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali, con conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali» e, quindi, ha ritenuto ammissibile l'uso della cd. prova statistica.

Anche questa soluzione, sia pure in modo empirico, ha il pregio di risolvere il problema, ma resta pur sempre prigioniera dell'idea secondo la quale le agevolazioni probatorie siano indissolubilmente legate alle fattispecie nel cui ambito sono previste. Idea che costringe la Corte d'Appello di Roma a far rientrare la discriminazione per motivi sindacali tra quelle attinenti alle convinzioni personali. Dando per acquisito che alla stessa, di per sé considerata, non si applicherebbero le tutele previste per le altre discriminazioni.

In realtà, a mio avviso, i limiti che la giurisprudenza si è data sono superabili se ci si pone da una prospettiva più ampia rispetto a quella della mera applicazione della vigente normativa in materia di discriminazioni, non foss'altro per la frammentarietà e per la contraddittorietà che ne caratterizza gli aspetti processuali. Tale prospettiva non può che essere quella della tutela più adeguata in materia di prova delle discriminazioni, che va considerata ripartendo dall'art. 15 St. lav., che è l'unica norma a fornire delle discriminazioni una concezione unitaria (31). Concezione che va mantenuta (anzi recuperata) per dare un minimo di razionalità a procedure spesso inutilmente frammentate e per trovare soluzioni che diversamente non sarebbero raggiungibili.

In buona sostanza bisogna considerare la disciplina dell'onere della prova come indissolubilmente connaturata alla tutela delle discriminazioni e quindi applicabile a prescindere dalla singola procedura di volta in volta applicata e dallo stesso fatto che sia o meno specificatamente prevista.

(30) C. App. Roma 19.10.2012, in *DeJure*.

(31) Mi pare sia partendo da questo presupposto che la Corte di Cassazione (5.6.2013, n. 14206, cit.) considera l'azione contro la discriminazione di genere «assolutamente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, potendo condurre ai medesimi risultati previsti da quest'ultima: declaratoria di nullità degli atti o patti discriminatori, ordine di rimozione degli effetti e di cessazione della condotta iniqua, risarcimento del danno».

11. — *L'unitarietà della tutela (con particolare riferimento alla prova) pur nella diversità dei riti applicati alle discriminazioni* — Se si considerano i casi in cui l'agevolazione dell'onere della prova è previsto dalla legge, balza agli occhi la mancanza di un qualsiasi collegamento con la struttura del processo di volta in volta applicabile. La regola di giudizio alla quale il giudice, deve attenersi, derogando a quella prevista dall'art. 2697 c.c., opera, infatti, nello stesso modo indipendentemente dal carattere ordinario o speciale della procedura o dalla sommarietà o pienezza della cognizione (32). Questo vuol dire che l'unico nesso significativo è quello intercorrente tra l'inversione-attenuazione dell'onere della prova e il diritto fatto valere, che non viene meno qualunque sia il contesto processuale nel quale si trovi a essere inserito, perché è elemento indispensabile a garantirne la tutela effettiva (33).

Quindi, in pratica, se il lavoratore impugna un licenziamento discriminatorio, utilizzando il rito Fornero o quello ordinario, ha diritto alla stessa attenuazione dell'onere della prova che gli sarebbe stata applicata se avesse seguito la procedura prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 198/2006 o quella dettata dall'art. 702-*bis* c.p.c. Nello stesso ordine di idee, prova statistica e conseguente ribaltamento dell'onere della prova a carico del datore di lavoro si applicano anche quando la discriminazione è determinata da motivi di carattere sindacale.

(32) Santucci, Santagata De Castro 2015, 834. In buona sostanza, si può ritenere che, nel giudizio a struttura sommaria, il correttivo alla normale regola dell'onere della prova operi imponendo al giudice di applicare il principio di verosimiglianza prima alla prova dei fatti sui quali l'attore basa la presunzione di discriminatorietà, poi a quella che il convenuto deve dare del carattere non discriminatorio degli stessi fatti.

(33) De Angelis 1993, 8 ss. D'altra parte, il fatto che il correttivo all'onere della prova sia collegato alla disciplina sostanziale dell'atto discriminatorio è alla base di un recente *revirement* della Cassazione (5.4.2016, n. 6575, in *Pluris*), la quale ha considerato l'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, nella parte in cui consente al lavoratore discriminato di limitarsi a fornire elementi di fatto sufficienti a far presumere l'esistenza di comportamenti discriminatori, alla stregua di un elemento a sostegno della tesi secondo la quale la nullità del licenziamento discriminatorio discende «direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c.». Questo significa che, se non è necessario dimostrare l'esistenza di un motivo illecito, unico e determinante, ma solo che è stata posta in essere una condotta discriminatoria «idonea a giustificare di per sé solo il licenziamento», è logico che il legislatore abbia considerato sufficiente l'allegazione da parte del lavoratore di elementi di fatto idonei a far presumere la discriminazione, per far ritenere assolto l'onere della prova da parte dell'attore, con conseguente ribaltamento dello stesso a carico del convenuto. Se invece tra i *facta probanda* ci fosse stato anche il motivo illecito, unico e determinante, l'equità e la stessa efficienza del correttivo dell'onere della prova previsto dalla legge sarebbero state quanto meno dubbie.

Quanto appena detto si fonda su due presupposti che sono stati evidenziati dalla dottrina, ma che non sembra abbiano avuto riscontri nella giurisprudenza.

In primo luogo, il principio enunciato dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, è imposto comunque al giudice italiano dagli artt. 8, Direttive 29 giugno 2000, n. 2000/43/Ce, e 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, i quali, con identica dizione, statuiscono che: «Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio di parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può desumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento».

La direttiva sopra riportata, pur non essendo direttamente applicabile, vincola comunque il giudice nazionale a dare della disciplina interna «una interpretazione, tra le diverse consentite dal tenore della disciplina medesima, conforme al testo e agli obiettivi delle direttive» e, ove ciò non sia possibile, ad avvalersi «degli strumenti della disapplicazione o del rinvio alla Corte costituzionale» (34).

Inoltre, se si va alla radice della normativa comunitaria in materia di prova della discriminazione e si analizza l'orientamento giurisprudenziale che le ha dato origine, ci si rende facilmente conto che l'esigenza di trovare un correttivo all'ordinario funzionamento dell'onere della prova nasce dal fatto che l'unico in grado di assolverlo è il datore di lavoro, perché il lavoratore non può farlo, stante la «mancanza di trasparenza» (35) che molto spesso caratterizza il meccanismo tramite il quale la discriminazione viene posta in essere (36).

Ecco quindi che al giudice si apre una nuova via che gli consente di accollare al datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione della parità di trattamento, se il lavoratore ha fornito elementi tali da far presumere la discriminazione. Via che – come si è visto – la Cassazione ha seguito in più occasioni, affermando che sull'attore grava l'onere di provare i fatti che sono nella sua disponibilità, mentre quelli che non lo sono (anche se l'applicazione pedissequa dell'art. 2697 c.c. accollasse a lui l'onere di provarli) devono essere provati dal convenuto (37).

(34) Tarquini 2015, 33.

(35) C. Giust. 17.10.1989, n. 109/88, in *Pluris*, e, nello stesso senso, C. Giust. 27.10.1993, n. 127/92, *ivi*.

(36) Bonini Baraldi 2009, 266.

(37) *V. supra*, note 14, 15 e 16.

Insomma, anche in questo caso, come in quello cui si è fatto cenno *supra*, al paragrafo 6, è sufficiente che il giudice dia attuazione all'ormai consolidato principio della «prossimità della prova» per ottenere un risultato del tutto simile a quello cui si perverrebbe applicando quanto previsto dalla normativa comunitaria o da quella interna che a questa ha dato specifica attuazione in alcuni casi, ma non in altri.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2014), *Il licenziamento disciplinare*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della Previdenza sociale. Privato e pubblico*, Torino, 1317 ss.
- Besso C. (2016), *La vicinanza della prova*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Como il 16 maggio 2014, Bologna, Bononia University Press, 45 ss.
- Bonini Baraldi M. (2009), *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi di concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in Calafà L., Gottardi D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 266 ss.
- Borghesi D. (2013a), *La tutela contro le discriminazioni*, in Borghesi D., De Angelis L. (a cura di), *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 462 ss.
- Borghesi D. (2013b), *Aspetti processuali dei licenziamenti*, in Borghesi D., De Angelis L. (a cura di), *Il processo del lavoro e della previdenza*, Torino, 510 ss.
- Borghesi D. (2015), *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *www.judicium.it*.
- De Angelis L. (1993), *Commento dell'art. 4, commi 4 e 10*, in De Cristofaro M. (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 123*, Napoli, 110 ss.
- De Angelis L. (2015), *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 250.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 24.
- Lai P. (2016), *Il contratto di lavoro a tutele crescenti; risvolti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 138 ss.
- Perrone F. (2016), *Profili processuali del contratto a tutele crescenti*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma del «Jobs Act»*, Padova, 285 ss.
- Santucci R., Santagata De Castro R. (2015), *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, in *ADL*, I, 834 ss.
- Tarquini E. (2015), *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano.
- Taruffo M. (1992), *La prova giuridica dei fatti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A., Messineo F., continuato da Mengoni L., III, 2, 1, Milano, 429 ss.
- Tatarelli M. (2015), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova.

Vallebona A. (1999), *Commento dell'art. 5, l. 15 luglio 1966, n. 604*, in Mazzotta O. (a cura di), *I licenziamenti*, II ed., Milano, 403 ss.

Vallebona A. (2001), *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, I, 811 ss.

ABSTRACT

A proposito dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 (nel quale è previsto che il lavoratore illegittimamente licenziato vada reintegrato solo se è direttamente dimostrata l'insussistenza del fatto materiale posto a base del licenziamento), l'Autore contesta l'interpretazione secondo la quale l'onere della prova sarebbe addossato al lavoratore, ritenendo invece che il punto di riferimento sia tuttora la regola generale enunciata dall'art. 4, l. n. 604/1966, sia per la mancanza di un'espressa deroga, sia per l'applicazione del principio della «proximità della prova».

A proposito dei processi in materia di discriminazioni, l'Autore ritiene che, nonostante il variare delle procedure a seconda del tipo di discriminazione, le agevolazioni concesse al lavoratore discriminato in materia di onere della prova vadano applicate anche alle discriminazioni cui non sarebbero espressamente riferite.

THE BURDEN OF PROOF IN THE DISCIPLINARY AND DISCRIMINATORY DISMISSAL

In relation to Art. 3, par. 2, of the Legislative Decree n. 23/2015 (providing that the illegally dismissed employee should be re-hired only if there is a direct proof of the non-existence of the material circumstance on which dismissal was based upon), the Author challenges the interpretation upon which the burden of proof should be on the employee and reckons that the legal reference is the general rule of the Art. 4 of Law n. 604/1966, because there is no express waiver to said rule and also for the application of the principle of «proof proximity».

In this respect in Court cases for discriminations, the Author deems that, notwithstanding the variable procedures depending on the type of discrimination, the benefits in relation to burden of proof granted to the discriminated employee should be applied also to the types of discrimination to which they would not be directly connected.

PROBLEMI DI DIRITTO SOCIALE EUROPEO

Gianni Arrigo (*)

UGUAGLIANZA, PARITÀ E NON DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA (PARTE II)

SOMMARIO: PARTE I. 1. Uguaglianza e non discriminazione come valori, principi e diritti fondamentali dell'Unione europea. Ricognizione delle fonti. — 2. Il principio di parità tra donne e uomini nel diritto primario e derivato. Dalla non discriminazione salariale alla parità di genere. — 2.1. Dai trattati delle origini al Trattato di Nizza. — 2.2. Parità tra donne e uomini e parità di genere nel Trattato di Lisbona, nella Carta di Nizza e nel diritto derivato. — 3. Non discriminazione e uguaglianza nella Carta di Nizza. In particolare: il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia; il divieto di qualsiasi discriminazione; la tutela della famiglia e la conciliazione di vita familiare e vita professionale. Verso le «differenze indifferenti». — 4. Non discriminazione e uguaglianza come principi e «politiche» dell'Unione. I diversi ambiti e gradi di tutela. Limiti all'estensione della tutela antidiscriminatoria a fattispecie non «nominate» nel Trattato e nel diritto derivato. Tecnica redazionale e ruolo integrativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Principio di uguaglianza e giudizio antidiscriminatorio. — 5. «Oltre il giardino» delle discriminazioni in base alla nazionalità e al genere. Il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e a tempo determinato, e lavoratori «comparabili» a tempo pieno e a tempo indeterminato.

SOMMARIO: PARTE II. 6. La legislazione antidiscriminatoria dell'anno duemila (Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78). Gerarchia delle tutele e separazione degli ambiti di efficacia. — 7. Divieto di discriminazioni a motivo della «razza» o dell'origine etnica (Direttiva n. 2000/43). Onere della prova. Tutela contro ritorsioni. Sanzioni. Assenza di una vittima e/o di un denunciante identificabile: irrilevanza. — 8. Divieto di discriminazioni nelle condizioni di lavoro e nell'occupazione (Direttiva n. 2000/78). Il contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazioni basate su: orientamento sessuale, disabilità, età.

6. — *La legislazione antidiscriminatoria dell'anno duemila (Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78). Gerarchia delle tutele e separazione degli ambiti di efficacia* —

6.1. — Come anticipato, l'art. 13 TCe, sostanzialmente non modificato dall'art. 19 TfUe, letto alla luce dei principi dell'Ue (in particolare del-

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Economia dell'Università di Bari.

l'art. 6 TUE, nel testo di Amsterdam, che impegnava l'Unione al rispetto dei diritti fondamentali) nonché dei principi del diritto internazionale e di quelli costituzionali comuni agli Stati membri (1), affermava un *principio* di non discriminazione in astratto *generale* ma di fatto limitato alle cause ivi indicate. L'art. 13 TCE ha ricevuto una prima, *concreta* applicazione (2) con la Direttiva n. 2000/43 (che «attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica») e la Direttiva n. 2000/78 (che «stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro») (3). Esse erano necessarie a conseguire fondamentali obiettivi dell'Ue, come quelli di «sviluppare l'Ue in direzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (considerando 9, Direttiva n. 2000/43), e «di sviluppare una strategia coordinata europea a favore dell'occupazione, e in particolare a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile» (considerando 7, Direttiva n. 2000/78).

A tal fine, e in primo luogo, il divieto di discriminazione è stato esteso fino a comprendere nuovi fattori (oltre il genere e la nazionalità) cui corrispondono altrettanti concetti e nozioni, mentre altre e diverse situazioni vengono qualificate come lesioni della parità di trattamento: si pensi alle molestie e alle molestie sessuali, all'ordine di discriminare, alla discriminazione per associazione. Decisamente innovativa è la qualificazione della *molestia* come discriminazione, «in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica» (art. 2.3, Direttiva n. 2000/43) o per motivi fondati «sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali» (artt. 1 e 2.3, Direttiva n. 2000/78), «e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo» (art. 2.3 di entrambe le direttive); affermazioni, queste, la cui forza appare temperata dall'attribuzione alle «leggi e prassi nazionali degli Stati membri» della facoltà di definire il concetto di molestia. Ugualmente discriminatorio è l'*ordine* di discriminare persone a causa della razza o dell'origine etnica o per motivi fondati sulla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (art. 2.3 di entrambe le direttive). In secondo luogo, è lo stesso ruolo dei giudici a essere inciso: in passato essi potevano pronunciar-

(1) Cfr. C. Giust., *Mangold*, cit., punto 73.

(2) Cfr. C. Giust., *Küçükdeveci*, cit., punto 21. Sul punto, si v. in particolare Calafà 2004, 873 ss.

(3) A conferma che la parità è un *principio fondamentale* dell'Ue, che si basa anche sulle fonti internazionali di cui tutti gli Stati membri sono firmatari, i Considerando delle due direttive richiamano (oltre l'art. 6 TUE), gli artt. 2 e 7 della Dichia-

si solo mediante un giudizio di tipo comparativo, senza indagare la «giustizia» e la congruità, in termini assoluti, delle scelte compiute dai soggetti nazionali. Infine, diritti principalmente a contenuto negativo son tramutati in diritti a contenuto positivo, quando vengano in rilievo diritti sociali (come l'obbligo di trovare «soluzioni ragionevoli» che adattino l'ambiente e le condizioni di lavoro alle persone disabili).

Deve inoltre segnalarsi il passaggio da un concetto di uguaglianza formale o procedurale (da ristabilirsi o con l'innalzamento del trattamento inferiore verso il livello più alto o con un livellamento verso il basso) a un'uguaglianza di opportunità attraverso le *azioni positive* (4). Nel diritto antidiscriminatorio, infine, grazie al positivo contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'elemento della comparazione assume carattere *eventuale*: ad esempio, le molestie consistono nella violazione del diritto a non intimidire, offendere, degradare, umiliare, mentre la discriminazione indiretta ammette un confronto con un elemento di comparazione *astratto* e la possibilità che, come anticipato, il *pregiudizio stesso sia astratto e potenziale*.

6.2. — Le due direttive citate hanno *rationes* e ambiti differenti. Mentre la n. 2000/43 garantisce a tutte le persone, indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica, la parità di trattamento non solo nelle condizioni di accesso al (mercato del) lavoro e nelle condizioni di impiego, ma anche nella protezione sociale (comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria), nei benefici sociali, nell'istruzione e nell'accesso a beni e servizi disponibili al pubblico (compresi gli alloggi), la n. 2000/78 pone norme a tutela dei sei fattori di discriminazione indicati negli artt. 10 e 19 TfUe, limitatamente all'occupazione, alle condizioni di lavoro e alla formazione professionale. Questa (de)limitazione degli ambiti normativi, e la «gerarchia» di tutele che ne deriva, è poco coerente con i principi e gli obiettivi dell'Ue, come già veniva fatto rimarcare dai Considerando delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, auspicandosi più ampie tutele antidiscriminatorie.

razione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, gli artt. 2 e 3 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, e l'art. 14 della Cedu.

(4) A cominciare da C. Giust., 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke*, in *Racc.*, I-0305. Sull'interpretazione di detta sentenza cfr. l'apposita Comunicazione della Commissione [Com(1996)88]. Si v. inoltre C. Giust. 11.11.1997, C-409/95, *Marschall*, in *Racc.*, I-6363; 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*, in *Racc.*, I-01875; 6.7.2000, C-407/98, *Abrahamsson*, in *Racc.*, I-05539.

La possibile sovrapposizione tra discriminazione etnico-razziale e discriminazione religiosa giustifica la maggiore tutela offerta dalla Direttiva n. 2000/43, quanto ad ambito di applicazione, anche nei casi di discriminazioni fondate sul fattore religioso. Ciò, in primo luogo, per il fatto che determinati gruppi sono considerati in modo specifico sia per il fattore religioso che per quello etnico. In secondo luogo, lo stesso fattore della religione può, secondo i casi, assumere rilievo nell'individuare una discriminazione indiretta riferita all'etnia e alla nazionalità laddove colpisca prevalentemente gruppi di persone individuabili in base alla nazionalità: ad esempio, una discriminazione su base religiosa a danno della popolazione musulmana andrebbe a colpire prevalentemente stranieri provenienti da Stati del Vicino e Medio Oriente.

7. — *Divieto di discriminazioni a motivo della «razza» o dell'origine etnica (Direttiva n. 2000/43). Onere della prova. Tutela contro ritorsioni. Sanzioni. Assenza di una vittima e/o di un denunciante identificabile: irrilevanza* —

7.1. — *Definizioni e ambito di applicazione* — La Direttiva n. 2000/43 «mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento» (art. 1). La duplice espressione, «razza e origine etnica», vorrebbe conferire una nozione ampia da leggersi congiuntamente al Considerando n. 6, ove si precisa che «l'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte». La direttiva non fornisce, dunque, una nozione comunitaria di *razza* e *origine etnica*, rimettendone la definizione puntuale agli Stati membri. Quest'approccio, non scorretto in linea di principio, non garantisce però la piena coerenza delle normative interne con la *ratio* della direttiva. Solo pochi legislatori nazionali utilizzano i termini «origine etnica» o «etnia» in luogo di «razza» o «origine razziale». Alcuni sovrappongono «razza» e «origine etnica» ad altri motivi, come la religione, la lingua e la nazionalità; ma la Direttiva n. 2000/43 non si occupa della discriminazione in base alla nazionalità in quanto tale (a meno che il motivo discriminatorio della nazionalità o della lingua non si traduca in discriminazione indiretta fondata sull'origine etnica), mentre la tutela contro discriminazioni a motivo della religione è posta dalla Direttiva n. 2000/78.

La direttiva qualifica come discriminazione diretta sia le *molestie*, ovvero i «comportament[i] indesiderat[i] adottat[i] per motivi di razza o di origine etnica e avent[i] lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una perso-

na e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo» (5), sia l'*ordine* di discriminare persone a causa della razza o dell'origine etnica (art. 2, par. 3 e 4). La direttiva rimette agli Stati membri il compito di «stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato» (art. 4). Gli Stati membri possono ovviamente «introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate» nella direttiva (art. 6). L'unica eccezione consentita al divieto di discriminazioni dirette fondate sull'elemento etnico-razziale, sussiste allorché la caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica sia requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, per la natura dell'attività lavorativa stessa o per il contesto in cui viene svolta (6). Tra le previsioni conformi alle acquisizioni normative e giurisprudenziali in tema di non discriminazione spiccano le *azioni positive* (art. 5), le norme sui «mezzi di tutela» (art. 7) e gli «organismi per la promozione della parità di trattamento» (art. 13), ben utilizzati nella prassi sin qui registrata.

7.2. — *Onere della prova. Tutela contro ritorsioni* — Per dare effettività al diritto antidiscriminatorio, gli Stati devono adottare «le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, quando persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento» (art. 8). La cd. inversione dell'onere della prova (più correttamente, invece, ripartizione di tale onere e trasferimento alla parte convenuta degli elementi che la riguardano), comune alla Direttiva n. 2000/78 e ad altre direttive antidiscriminatorie, ribalta il principio secondo cui è la parte attrice in giudizio a dover fornire le prove a sostegno dei fatti denunciati, considerato che nei casi di discriminazione è difficile acquisire le pro-

(5) Affidando (incautamente, ad avviso di chi scrive) agli Stati membri la definizione del «... concetto di molestia [...] conformemente alle leggi e prassi nazionali».

(6) Art. 4, Direttiva n. 2000/43, recepito in Italia con l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 (e successive modifiche).

ve necessarie, spesso nella disponibilità del convenuto, come riconosciuto dalla Corte sin dalla sentenza *Danfoss* (7) e dal legislatore Ue (con la Direttiva n. 1997/80) (8).

Gli Stati membri possono prevedere disposizioni più favorevoli alle parti attrici, tra cui le associazioni istituite ai sensi dell'art. 7. Le norme sulla ripartizione dell'onere della prova non si applicano ai procedimenti penali, e possono non essere applicate a quelli in cui spetta al giudice o ad altro organo competente indagare sui fatti. Gli Stati membri, inoltre, devono emanare «le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento» (art. 9); la tutela giuridica, difatti, non sarebbe efficace se non sanzionasse anche le ritorsioni e gli atti diretti a dissuadere le vittime delle discriminazioni a esercitare i propri diritti.

Quanto al diritto del lavoratore ricorrente di accedere alle informazioni utili ai fini processuali, in *Galina Meister* (9) la Corte di Giustizia riconosce che «la normativa dell'Unione [...] non prevede il diritto – in favore del lavoratore che affermi in maniera plausibile di soddisfare i requisiti contenuti in un annuncio di assunzione e la cui candidatura non sia stata accolta – di accedere alle informazioni che precisano se il datore di lavoro, a seguito della procedura di assunzione, abbia assunto un altro candidato». Tuttavia, la Corte non esclude che il rifiuto di fornire al ricorrente «qualunque accesso alle informazioni possa costituire uno degli elementi da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta». Non diverso è l'approccio della Corte in *Kelly* (10), dove essa afferma che l'art. 4 della Direttiva n. 97/80, sull'onere della prova nei casi di discriminazione in ragione del sesso, «non prevede, per un candidato che ritenga leso il proprio diritto alla parità di trattamento, l'accesso a informazioni in possesso dell'organizzatore della formazione affinché possa provare elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata di-

(7) C. Giust. 17.10.1989, C-109/88, *Danfoss*, in *Racc.*, I-3199.

(8) Tuttavia, come si evince dal Considerando n. 31 della Direttiva n. 2000/78, resta a carico del ricorrente la prova della sua appartenenza a un determinato gruppo, che, in teoria, può non rivelarsi problematica nel caso di gruppi distinti da caratteristiche fisiche, ma può risultare complessa in caso di appartenenza a determinati gruppi ideologici, religiosi o di orientamento sessuale.

(9) C. Giust. 19.4.2012, C-415/10, *Galina Meister*.

(10) C. Giust. 21.7.2011, C-104/10, *Patrick Kelly c. National University of Ireland*, in *Racc.*, I-06813.

scriminazione diretta o indiretta». La Corte non esclude però che il rifiuto di fornire informazioni possa privare la direttiva del suo effetto utile. Spetta al giudice del rinvio verificare se ricorre tale ipotesi. La Corte afferma inoltre che l'art. 4 della Direttiva n. 76/207 e l'art. 1 della Direttiva n. 2002/73 (11) «non prevedono il diritto per un candidato a una formazione professionale di accedere a informazioni relative alle qualifiche degli altri candidati alla formazione, qualora ritenga di non aver avuto accesso alla formazione secondo gli stessi criteri applicati agli altri candidati e di essere stato vittima di una discriminazione basata sul sesso. Inoltre, nel caso in cui un candidato a una formazione professionale possa invocare la Direttiva n. 97/80 [...] le norme dell'Unione in materia di riservatezza possono incidere su tale diritto d'accesso. In relazione, poi, all'obbligo previsto dall'art. 267 TfUE, questo non differisce a seconda che nello Stato membro viga un sistema giuridico accusatorio o inquisitorio».

7.3. — *Sanzioni* — Anche se entrambe le direttive non hanno lo scopo di armonizzare le sanzioni e i mezzi di tutela contro le discriminazioni, tuttavia esse impongono agli Stati membri di determinare *sanzioni* che siano «effettive, proporzionate e dissuasive» – potendo essi prevedere anche azioni per il risarcimento dei danni sofferti dalla vittima delle discriminazioni – e di garantire procedure giurisdizionali che rendano effettiva l'esecuzione degli obblighi posti dalle direttive, possibilmente precedute da un procedimento amministrativo precontenzioso. Da tempo la Corte di Giustizia afferma che la severità delle sanzioni dev'essere adeguata alla gravità delle violazioni e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente (12). Il diritto antidiscriminatorio europeo osta pertanto a norme nazionali che prevedano sanzioni meramente simboliche (13), che in quanto tali non sono compatibili con un'attuazione corretta ed efficace della Direttiva n. 2000/78, fermo restando il rispetto del principio generale di *proporzionalità* (C. Giust., *Accept*, punto 63) (14): la garanzia di sanzioni

(11) Cit. *supra*, par. 2.1 e par. 2.2.

(12) Cfr., in particolare, C. Giust. 8.6.1994, C-383/92, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, I-0247, punto 42; nonché 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*, in *Racc.*, I-02195, punto 40.

(13) C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept*, punto 63: «... Il sistema di sanzioni [...] di uno Stato membro deve garantire [...] una tutela giuridica effettiva ed efficace dei diritti tratti da tale direttiva»; si v., per analogia, *Draehmpaehl*, cit., punti 24, 39 e 40.

(14) Cfr. altresì C. Giust. 6.11.2003, C-101/01, *Lindqvist*, in *Racc.*, I-12971, punti 87 e 88, nonché 5.7.2007, C-430/05, *Ntioniok e Pikoulas*, in *Racc.*, I-05835, punto 53.

effettive, proporzionate e dissuasive deve sussistere, precisa la Corte, *quantunque non vi siano vittime identificabili* (*infra*, par. 7.4). La Corte afferma inoltre che, anche se la Direttiva (segnatamente la n. 2000/43) non prescrive sanzioni specifiche – essendo questo compito rimesso agli Stati, i quali devono garantire che si conseguano gli scopi della direttiva –, tuttavia le sanzioni «se del caso, e qualora ciò dovesse apparire adeguato alla situazione in esame nella causa principale, possono consistere nella constatazione della discriminazione da parte del [giudice], cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario, i cui costi siano quindi a carico della parte convenuta. Esse possono parimenti consistere nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria. Esse possono inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale» (C. Giust., *Feryn*, punto 39).

Quasi tutte le legislazioni nazionali prevedono sanzioni formalmente coerenti con il dettato europeo, abrogando le norme interne che fissavano un limite massimo al risarcimento per danni da discriminazioni. Permangono invece dubbi sulla concreta disponibilità dei mezzi di ricorso e sulla piena conformità delle sanzioni di fatto irrogate ai principi e alle disposizioni della direttiva (15). I giudici nazionali sembrano invero orientati ad applicare lo scaglione inferiore delle sanzioni previste dal diritto interno, anche per natura e gravità, compresa l'entità del risarcimento, quando non addirittura sanzioni simboliche.

7.4. — *Assenza di una vittima e/o di un denunciante identificabile: irrilevanza* — In *Feryn* (16) la Corte ha affrontato questioni (per essa) nuove, fornendo soluzioni interpretative che rafforzano i principi del diritto antidiscriminatorio europeo e ne estendono gli ambiti di tutela. La causa principale riguardava le dichiarazioni pubbliche rese dal direttore di un'impresa d'installazione di porte da garage (la Società belga *Feryn*), che, dovendo assumere degli operai installatori, dichiarava di non poter selezionare persone di una determinata origine etnica («alloctoni») perché, a suo dire, i clienti non li avrebbero fatti entrare nelle loro abitazioni. Da qui il ricorso al giudice del lavoro da parte del «Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo» (istituito in Belgio ai sensi dell'art. 13 della Direttiva n. 2000/43) per far accertare la discriminazione *diretta*

(15) Cfr. Commissione 2014c.

(16) C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, in *Racc.*, I-05187.

collettiva posta in essere dal convenuto: una discriminazione – occorre precisare – *senza vittime identificabili*, che forse proprio per questo motivo induceva il giudice di primo grado a rigettare il ricorso. Di converso, il giudice d'appello rinviava in via pregiudiziale gli atti alla Corte di Giustizia perché si pronunciasse sulla nozione di discriminazione diretta, sull'inversione dell'onere della prova, sulla natura e adeguatezza delle sanzioni, e chiarisse se le dichiarazioni rese da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura di assunzione configurassero una discriminazione vietata, pur in assenza di un «denunciante identificabile», vale a dire di una vittima *individuabile* della discriminazione impugnata (precisando che la legge belga legittimava a tal fine l'organismo ricorrente, pur in assenza di una vittima individuabile).

La Corte, in primo luogo, muovendo dagli scopi della Direttiva n. 2000/43, segnatamente quello di promuovere le condizioni per «una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro» delle minoranze etniche (così il Considerando n. 8), ha affermato che «l'assenza di un denunciante identificabile», cioè di un «candidato scartato per un posto di lavoro che abbia avviato una procedura giudiziaria» contro un datore di lavoro che attui una discriminazione etnica o razziale, «non permette di concludere per la mancanza di qualsivoglia discriminazione diretta ai sensi della direttiva», perché altrimenti sarebbe «difficilmente raggiungibile» lo scopo della direttiva (*Feryn*, punti 23-24). Secondo la Corte, le pubbliche dichiarazioni di un datore di lavoro di non assumere dipendenti di una determinata origine etnica o *razziale* bastano a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione *direttamente* discriminatoria ai sensi della Direttiva n. 2000/43. Oltretutto, quelle dichiarazioni erano tali da dissuadere del tutto e *a priori* i soggetti appartenenti a gruppi minoritari su base etnica o razziale dal candidarsi a quei posti di lavoro, configurando in tal modo – in termini reali e non ipotetici – una discriminazione *diretta*, vietata dalla direttiva, nelle procedure di assunzione (17). Pertanto, è dalla *potenzialità* lesiva delle dichiarazioni del datore di lavoro, piuttosto che dalle sue *effettive* conseguenze, che la Corte ha desunto la sussistenza di una discriminazione diretta, e di carattere collettivo, impugnabile in giudizio (18). In secondo luogo, pronunciandosi sulla cd.

(17) In questo caso, «il datore di lavoro [...] non si limita a parlare di discriminazione, bensì *discrimina*. Non si limita a pronunciare parole, bensì compie un “atto linguistico” [...]. L'annuncio secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non sono bene accette come candidati a un posto di lavoro costituisce quindi di per sé una forma di discriminazione» diretta (C. Giust., *Feryn*, punto 16).

(18) Izzi 2008b, 768.

inversione dell'onere della prova – in una causa come quella in argomento, concernente una discriminazione nelle assunzioni sulla base di pubbliche dichiarazioni del datore di lavoro –, la Corte ha affermato che spetta al datore di lavoro provare di non aver violato il principio della parità di trattamento, mentre è compito del giudice del rinvio valutare se gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro siano sufficienti a escludere una sua responsabilità. Dunque, anche il semplice annuncio di una discriminazione costituisce un atto vietato, in quanto idoneo a dissuadere fortemente i membri del gruppo collettivamente discriminato dall'avanzare la richiesta di accedere a – o avvalersi di – un'opportunità, un beneficio, un bene o un servizio offerto al pubblico.

Elementi «accessori», connessi ad atti discriminatori, come l'esistenza di un pregiudizio o la mera intenzione di discriminare, non sono rilevanti ai fini dell'accertamento (degli effetti) delle discriminazioni. Quel che occorre provare è la mera esistenza di una disparità di trattamento, priva di giustificazione e fondata su una caratteristica protetta; non è dunque necessario dimostrare che l'autore fosse animato da pregiudizi razziali, o che avesse opinioni «razziste», per provare che si trattava di una discriminazione fondata sull'origine etnica. Del resto, e in via di principio, la legge non può disciplinare e sanzionare atteggiamenti legati alla sfera intima. Può invece disciplinare e sanzionare la condotta attraverso la quale si manifestano tali atteggiamenti. Ad esempio, in *Feryn* il convenuto affermava di aver seguito una certa «prassi», giusta la quale i clienti (anziché lui stesso) preferivano che il lavoro fosse eseguito solo da cittadini (belgi) di carnagione bianca. Quest'affermazione è stata ritenuta irrilevante dalla Corte al fine di stabilire la sussistenza della discriminazione: anche se quella «prassi» era seguita (per così dire) in buona fede, essa era discriminatoria in quanto produceva l'effetto di sfavorire un gruppo particolare. Proprio per questo non è necessaria l'esistenza di una *vittima identificabile*. Nel caso *Feryn* non era possibile dimostrare che una persona avesse presentato domanda per un posto di lavoro e fosse stata respinta; né era possibile trovare una persona che dichiarasse di non aver voluto presentare una domanda per quel lavoro a causa dell'annuncio «escludente». Dunque, non solo mancava una vittima «identificabile», ma il denunciante era un soggetto diverso, cioè l'organismo belga per la promozione della parità di trattamento. La Corte ha ritenuto irrilevante quest'ultimo elemento, affermando che non era necessario identificare la persona vittima della discriminazione, essendo del tutto evidente che la formulazione dell'annuncio era tale da dissuadere i «non bianchi» dal presentare domanda, sapendo in anticipo che non sarebbe stata accolta.

8. — *Divieto di discriminazioni nelle condizioni di lavoro e nell'occupazione (Direttiva n. 2000/78). Il contributo della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazioni basate su: orientamento sessuale, disabilità, età* —

8.1. — La Direttiva n. 2000/78 — che «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento» (art. 1) (19) — mutua lo schema dalla Direttiva n. 2000/43, includendo quindi nella nozione di discriminazione diretta le *molestie* e l'*ordine* di discriminare (art. 2.3) e delimitando in senso analogo l'ambito delle deroghe consentite (art. 2, parr. 2 e 5).

8.2. — *Divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale*. Per le discriminazioni basate sull'*orientamento sessuale* (o «tendenze sessuali»), la Direttiva n. 2000/78 pone un divieto generico e generale, forse perché all'epoca dell'adozione della direttiva questa specifica tutela costituiva «una novità per quasi tutti gli Stati membri» (20). La Corte di Giustizia ha contribuito a definire meglio i confini della discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale, ancor prima che fosse emanata la Direttiva n. 2000/78, arricchendo progressivamente il concetto (di rango «costituzionale», a livello europeo) di eguaglianza (21), che spetta ai legislatori nazionali completare. È peraltro la ritrosia di molti Governi nazionali, anche per motivi di «spesa previdenziale», a negare sostanziale uguaglianza a tutti i cittadini a prescindere dall'orientamento sessuale, in tal modo distorcendo la *ratio* del dettato legislativo dell'Unione.

8.2.1. — In *P. c. S.* (22), la Corte di Giustizia ha qualificato come discriminatorio (in base al genere) il licenziamento di un lavoratore per motivi connessi al mutamento di sesso, perché lesivo dei diritti fondamentali e della dignità della persona: valori preminenti nell'ordinamento europeo, che la Corte è tenuta a garantire. In particolare, quel licenziamento deve ri-

(19) Principi affermati nella Convenzione Oit n. 111 (1958) «sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni».

(20) Così Commissione 2014c.

(21) Per riferimenti di dottrina, si v. Valenti 2014.

(22) C. Giust. 30.4.1996, C-13/94, *P. c. S e Cornwall County Council*, in *Racc.*, I-02143.

tenersi contrario al contenuto e alla *ratio* della citata Direttiva n. 76/207: poiché il diritto a non essere discriminati in base al sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, l'ambito di applicazione della citata direttiva non può essere ridotto alle sole discriminazioni basate sull'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma deve comprendere anche quelle determinate dal cambiamento di sesso (23).

8.2.2. — In *Lisa Grant* (1998) (24), invece, la Corte non ha qualificato come «discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato o dalla Direttiva [...] n. 75/117» il rifiuto dell'impresa *South West Trains* di riconoscere il «vantaggio» salariale (consistente in tariffe agevolate nel trasporto ferroviario) a favore della compagna di una sua dipendente, con lei stabilmente convivente. Rifiuto motivato col fatto che la detta agevolazione era riservata dal regolamento del personale solo a coniugi e a conviventi eterosessuali. La signora Grant aveva impugnato la decisione della società affermando che essa era contraria all'*Equal Pay Act* (del 1970), all'art. 119 Cee (poi art. 141, TCe) (25) e alla Direttiva n. 76/207, facendo rilevare in particolare che il dipendente cui era subentrata nello stesso posto di lavoro, e cioè una persona di sesso maschile che conviveva con una persona di sesso femminile da più di due anni, aveva fruito delle agevolazioni a lei negate. Pertanto, poiché quel rifiuto era motivato dal fatto che la signora Grant aveva una relazione stabile con un'altra donna, la ricorrente sosteneva che esso costituiva una discriminazione *diretta* basata sul sesso. Secondo la Corte, invece, la decisione dell'impresa *non* costituisce una discriminazione *diretta* fondata sul sesso perché «la condizione stabilita dal regolamento aziendale si applica nello stesso modo ai lavoratori di sesso femminile e a quelli di sesso maschile» che abbiano un compagno dello stesso sesso (C. Giust., *Grant*, punti 27 e 28). Oltretutto, secondo il diritto comunitario vigente, «le relazioni stabili tra persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di ses-

(23) «Queste discriminazioni sono basate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato, giacché licenziare una persona per il motivo che intende subire o ha subito un cambiamento di sesso significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione» (C. Giust., *P c. S e Cornwall*, cit.).

(24) C. Giust. 17.2.1998, C-249/96, *Lisa Grant c. South West Trains*, in *Racc.*, I-00621.

(25) Sin dalla sentenza *Garland*, 9.2.1982, 12/81, in *Racc.*, 359, la Corte ha dichiarato che le agevolazioni concesse dalle società ferroviarie ai propri dipendenti, ai coniugi e alle persone a loro carico, in forza del loro lavoro, hanno natura retributiva ai sensi dell'art. 141 TCe.

so opposto» (*Grant*, punto 35); sicché il rifiuto di concedere agevolazioni sul prezzo dei trasporti a favore del compagno o della compagna omosessuale di un dipendente, anche se di tale «vantaggio salariale» beneficia il convivente eterosessuale di un altro dipendente, non costituisce «una discriminazione vietata dal diritto comunitario o dalla Direttiva n. 75/117» (*Grant*, punto 50). In sostanza, mentre un trattamento discriminatorio a motivo del sesso è illegittimo, non lo è invece uno basato sull'orientamento sessuale, dato che nessuna norma comunitaria lo sanziona.

8.2.3. — In *D. e Svezia c. Consiglio* (26) – vertente sul mancato riconoscimento a un funzionario della Comunità europea di un assegno di famiglia, a suo tempo istituito per le coppie coniugate, motivato dal fatto che, pur essendo il ricorrente legato in unione solidale registrata (secondo il diritto svedese) a una persona dello stesso sesso, lo Statuto del personale della Comunità non assimilava tale unione al matrimonio –, la Corte ha escluso il carattere discriminatorio di una differenza di trattamento basata *non* sull'appartenenza a un determinato sesso ma sullo *status* di coniuge. Secondo la Corte di Giustizia, la nozione di *coniuge* desumibile dallo Statuto del personale della Comunità non è applicabile al partner omosessuale di un'unione solidale registrata, essendo «pacifico che il termine “matrimonio”, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso» (*D. e Svezia c. Consiglio*, punto 34). Oltretutto, la presenza all'interno della Comunità europea di una pluralità di regimi di iscrizione di unioni di fatto distinte dal matrimonio (punti 36 e 50) rendeva più difficile l'omologazione da parte della Corte (punto 37), spettando invece al legislatore nazionale «adottare, se del caso, provvedimenti che possano influire su tale situazione...» (punto 38) (27). La Corte ha pertanto escluso che il suddetto diniego costituisca una discriminazione retributiva in base al sesso.

8.2.4. — In *K.B.* (28), la Corte ha adottato un orientamento più aperto, per certi versi anticipatore della sentenza *Maruko* (29). La causa prin-

(26) C. Giust. 31.5.2001, cause riunite C-122/99P e C-125/99P, *D. e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, I-4319, punti 35-38.

(27) Orientamento superato dalla modifica del citato Statuto del personale, che equipara al matrimonio «le unioni non matrimoniali», fatte salve le norme statutarie che richiedono un determinato stato civile [Regolamento (Ce, Euratom) n. 723/2004].

(28) C. Giust. 7.1.2004, C-117/01, *K.B.*, in *Racc.*, I-00541.

(29) C. Giust. 1.4.2008, C-267/06, *Tadao Maruko*, in *Racc.*, I-01757.

cipale riguardava il mancato riconoscimento della pensione di reversibilità per superstiti alla compagna di una lavoratrice che aveva mutato sesso, da femminile in maschile; diniego motivato dal fatto che la ricorrente non aveva lo stato civile di *coniuge*: condizione del diritto a pensione (senza contare che il matrimonio con un transessuale era vietato dalla legislazione britannica del tempo). La Corte ha considerato che la disparità di trattamento non incideva sul riconoscimento della pensione ma su un suo presupposto indefettibile, ossia la capacità di contrarre matrimonio (*K.B.*, punto 30), e ha pertanto affermato che l'art. 141 TCe osta a una normativa che, impedendo ai transessuali di contrarre matrimonio secondo il sesso acquisito (così violando anche la Cedu) (30), li priva del diritto alla pensione di reversibilità. Si trattava dunque di una discriminazione *indiretta* e non diretta (ai sensi della Direttiva n. 2000/78). È compito del giudice nazionale – e non della Corte di Giustizia – accertare la sussistenza dei requisiti per l'applicazione dell'art. 141 TCe alla fattispecie controversa, onde disapplicare le norme nazionali che pongono requisiti che determinati soggetti non possono soddisfare (come il matrimonio per i transessuali).

8.2.5. — Termini più espliciti ha invece usato la Corte in *Sarah Richards* (31), pronunciandosi sulla legittimità del rifiuto del Governo britannico di concedere la pensione di vecchiaia a una lavoratrice transessuale, alla stessa età prevista per il pensionamento delle donne (60 anni), in quanto ancora registrata all'anagrafe come uomo, e ribadendo il principio affermato in *K.B.*, secondo cui un trattamento differenziato a causa del

(30) La Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Christine Goodwin c. Regno Unito* (11.7.2002, ricorso n. 28957/95), aveva ravvisato nel divieto per un transessuale di sposare una persona del sesso al quale egli stesso apparteneva, prima dell'operazione di mutamento del sesso, un contrasto con l'art. 12 Cedu («Diritto al matrimonio»), affermando che esso si applica anche alle coppie formate da transessuali. Invece, la Corte di Strasburgo ha ravvisato nelle discriminazioni a danno di omosessuali una violazione del diritto alla *privacy* sancito dall'art. 8 della Cedu, in quanto il loro orientamento sessuale non può essere oggetto di indagine e dev'essere comunque considerato irrilevante ai fini della costituzione e dello svolgimento del rapporto di lavoro (Corte Edu, *Dudgeon c. Regno Unito*, Rep. n. 149/1981; *Norris c. Irlanda*, Rep. n. 186/1991; *Modinos c. Cipro*, Rep. n. 485/1993). Secondo Calafà (2009, 251) la novità più significativa della sentenza *K.B.* sta in particolare nel fatto che la Corte «consente l'attribuzione di particolari benefici correlati al matrimonio a persone dello stesso sesso che non possono contare al momento» su quel requisito «anche prima che l'ordinamento [britannico] si sia adeguato alla sentenza *Goodwin*».

(31) C. Giust. 27.4.2006, C-423/04. *Sarah Margaret Richards*, in *Racc.*, I-03585.

mutamento di sesso costituisce una discriminazione in base al sesso (32). La Corte, premesso che il diritto a non essere discriminati in ragione del sesso «è uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza» (33), e che la Direttiva n. 79/7 (cui s'era appellata la ricorrente) ne dà concreta espressione in materia di sicurezza sociale, ha statuito che l'ambito di applicazione della citata direttiva non si limita alle discriminazioni tra uomini e donne ma comprende anche quelle che hanno origine nel mutamento di sesso. Difatti, in tali casi la discriminazione si basa essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso della persona in questione, la quale subisce un trattamento meno favorevole rispetto alle persone del sesso cui apparteneva in precedenza, poiché il mancato riconoscimento del nuovo *status* le impedisce di soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dall'ordinamento dell'Ue.

8.2.6. — Nelle pronunce dianzi citate, la Corte, muovendo dal (solo) diritto dell'Ue sulla parità tra i sessi, ha alternato prudenza e innovazione, mostrandosi – nelle pronunzie su diritti di lavoratori transessuali (34) – più aperta di quanto non avesse dimostrato con riferimento al diritto delle coppie omosessuali a non essere discriminate rispetto a quelle eterosessuali. Invece, in *Maruko* (35) e *Römer* (36), la Corte di Giustizia opera un ravvicinamento «sostanziale» dello *status* del lavoratore legato da una unione stabile e registrata con una persona dello stesso sesso e di quello del lavoratore eterosessuale coniugato, ricorrendo a un giudizio di ragionevolezza che nella successiva pronuncia *Hay* (37) (*infra*) diviene più inclusivo e concreto, perché basato sul confronto tra situazioni soltanto *paragonabili* e non necessariamente identiche o analoghe.

Motivo del rinvio pregiudiziale in *Maruko* era il mancato riconoscimento della pensione di reversibilità al superstite di una coppia omosessua-

(32) Giova ricordare che il Considerando n. 3 della citata Direttiva n. 2006/54 assorbe un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui il principio della parità di trattamento, in considerazione dei diritti tutelati, comprende anche le discriminazioni derivanti da un mutamento di sesso, consentendo in tal modo di differenziare le discriminazioni riconducibili all'orientamento sessuale (di cui alla Direttiva n. 2000/78) da quelle legate all'identità sessuale, originaria o acquisita, riconducibili invece alla Direttiva n. 2006/54.

(33) C. Giust., *Richards*, cit., punto 23, conforme a *Defrenne III*, cit., punti 26 e 27, e a *P. c. S.*, cit., punto 19.

(34) Così Calafà 2007, 173.

(35) C. Giust., *TadaoMaruko*, cit.

(36) C. Giust. 10.5.2011, C-147/08, *Römer*, in *Racc.*, I-03591.

(37) C. Giust. 12.12.2013, C-227/12, *Hay*, in *Racc. digitale*.

le legata in unione solidale registrata (secondo il diritto tedesco): diniego motivato dal fatto che lo Statuto dell'Ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi (*Vddb*) riservava il diritto alla pensione solo al *coniuge* superstite del lavoratore iscritto alla *Vddb*. Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di decidere: a) se un regime previdenziale obbligatorio di categoria fosse assimilabile alla «retribuzione» di cui all'art. 3.1, lett. c, della Direttiva n. 2000/78, e se quindi la discriminazione ricadesse nel campo di applicazione della direttiva, oppure, equivalendo a un regime statale di previdenza sociale, non vi rientrasse; b) se la riserva della pensione al solo *coniuge* superstite, prevista dallo Statuto della *Vddb*, violasse il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale sancito dalla Direttiva n. 2000/78 (38); c) se il Considerando n. 22 della Direttiva n. 2000/78, che non pregiudica «le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano», consentisse *ex se* discriminazioni a motivo dell'orientamento sessuale nei casi in cui il diritto alla prestazione dipende dallo stato civile degli interessati. I quesiti erano delicati perché, toccando l'analogia/diversità, rispetto al matrimonio, di altre forme di unione familiare, incidevano direttamente sul rapporto tra diritto – e principi – dell'Ue e competenze degli Stati membri in tema di «stato civile e prestazioni che ne derivano». La Corte, ritenendo compreso nel campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78 il regime previdenziale di categoria, perché avente natura retributiva e non equiparabile a un regime statale di sicurezza sociale (escluso, invece, dall'ambito della Direttiva n. 2000/78), ha precisato che, salve le competenze nazionali non pregiudicate dal diritto comunitario (39), gli Stati membri, nell'esercizio di tali competenze, «devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione». Ora, la prestazione ai superstiti oggetto della causa principale, in quanto *retribuzione* ai sensi dell'art. 141 TCe,

(38) Il rinvio pregiudiziale era ancor più importante per il fatto che le norme dello Statuto del *Vddb* erano state giudicate conformi al principio di eguaglianza (*ex art.* 3 della Legge fondamentale tedesca) dal Tribunale costituzionale federale tedesco (con ordinanza del 29.2.2000) e dalla Corte superiore amministrativa della Baviera (con sentenza del 29.7.2005).

(39) La C. Giust., accogliendo parte delle argomentazioni dell'Avv. Gen. (*Conclusioni*, 6.9.2007, punti 77-79), ha affermato che «il diritto alla non discriminazione fondata sulle tendenze sessuali figura nell'art. 14 della Cedu» (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 21.12.1999, *Da Silva Mouta*, punto 28, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX), e 24.7.2003, *Karner*, punto 33, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX) ed è «esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta di Nizza. Il suo carattere essenziale implica, ai sensi dell'art. 6 TUE, che l'Unione ne garantisca il rispetto».

rientrava nel campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78, sicché il Considerando n. 22 non poteva «essere tale da rimettere in discussione l'applicazione di detta direttiva» (*Maruko*, punto 60) (40). Era pertanto contrastante con «il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva n. 2000/78» una normativa nazionale in base alla quale, dopo il decesso del partner con il quale aveva contratto un'unione solidale, «il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice *a quo* verificare se il partner di unione solidale superstite sia in una posizione *analoga* a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla *VddB*» (*Maruko*, punto 73). In sostanza, condizionare il riconoscimento di una prestazione a carattere retributivo al possesso dello stato civile di coniuge, acquisibile solo dalle persone eterosessuali secondo il diritto interno, costituisce una *discriminazione diretta* (ex art. 2, Direttiva n. 2000/78) ai danni di coppie omosessuali legate stabilmente, tanto più se il matrimonio e l'unione solidale registrata sono comparabili e presentano rilevanti analogie nel regime legale nazionale. La Corte, si badi bene, non afferma che sussista effettivamente una comparabilità *in concreto* tra unione solidale registrata e matrimonio, ma ne rimette la valutazione al giudice nazionale, trattandosi di questione di fatto inerente l'interpretazione del diritto interno, così evitando di attribuire al principio affermato una portata generale sull'assimilazione delle unioni stabili al matrimonio ai fini del diritto a «prestazioni derivanti» dallo stato civile di *coniuge*.

In particolare, quanto alla equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali, la Corte afferma in *Maruko* che, se la legislazione nazionale pone persone dello stesso sesso, che siano partner di una unione civile, in una posizione *analoga* a quella dei coniugi, le norme interne che negano ai partner dello stesso sesso le prestazioni riconosciute ai coniugi costituiscono una forma di discriminazione diretta vietata dalla direttiva (41). Ora, secondo la giurisprudenza su citata, premesso che le situazioni non devono

(40) Alcuni Stati membri, tra cui il Regno Unito (che in udienza aveva sostenuto la natura vincolante del Considerando n. 22), l'Irlanda e l'Italia, hanno trasfuso il Considerando n. 22 nelle norme di recezione della Direttiva n. 2000/78, dandogli forza di legge; per l'Italia, si v. il d.lgs. n. 216/2003, che all'art. 3.2, lett. *d*, «fa salve tutte le disposizioni vigenti in materia di [...] stato civile e prestazioni che ne derivano».

(41) C. Giust., *Maruko*; in senso conforme *Römer*.

necessariamente essere identiche ma solo *paragonabili*, l'esame di questa condizione non deve svolgersi «in modo globale e astratto ma in modo specifico e concreto con riferimento alla prestazione oggetto di controversia». In effetti, in *Maruko* la C. Giust. non ha svolto una comparazione globale tra matrimonio e unione civile registrata all'interno dell'ordinamento tedesco ma ha, invece, evidenziato come tale unione civile fosse equiparata al matrimonio *relativamente alla pensione* vedovile basandosi sull'analisi dell'ordinamento nazionale effettuata dal giudice della causa principale, secondo cui nel diritto tedesco si era verificato un *ravvicinamento progressivo* del regime istituito per l'unione civile a quello applicabile al matrimonio. Ciò significa che il raffronto tra le situazioni deve fondarsi su un'analisi centrata sui diritti e gli obblighi dei coniugi, da un lato, e dei partner dell'unione civile registrata, dall'altro, come risultanti dalle norme nazionali applicabili, che appaiono pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione controversa, e non deve consistere nel verificare se il diritto nazionale abbia operato una equiparazione generale e completa, sul piano giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio.

Nel caso *Hay* (42), la Corte consolida e sviluppa il «discorso» iniziato con le sentenze *Maruko* e *Römer*. Lo consolida nella parte in cui procede a un ravvicinamento *sostanziale* dello *status* del lavoratore omosessuale unito a un compagno con un Pacs (ovvero un *Pacte civil de solidarité*) a quello del lavoratore eterosessuale coniugato, attraverso un giudizio di ragionevolezza basato sul confronto non tra situazioni identiche o analoghe ma solo *comparabili*, e affermando anche in questa occasione che il relativo esame deve svolgersi in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi, a prescindere dal fatto che «il diritto nazionale abbia proceduto a un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata al matrimonio» (43). Lo sviluppa quando afferma che l'art. 2, par. 2, lett. a, della Direttiva n. 2000/78, «dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione di un contratto collettivo [...] a termini della quale a un lavoratore dipendente unito in un patto civile di solidarietà con una persona del medesimo sesso sono negati benefici, segnatamente giorni di congedo straordinario e premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del loro matrimonio, quando la normativa nazionale dello Stato membro interessato non consente alle persone del medesimo sesso di sposarsi, allorché, alla luce della finalità e dei presupposti di concessione di tali benefici, detto lavoratore si trova in una situazione

(42) C. Giust. *Hay*.

(43) C. Giust. *Hay*, punto 34; *Römer*, punto 43.

analoga a quella di un lavoratore che contragga matrimonio». La Corte cerca in tal modo di delimitare i confini della discrezionalità dei legislatori nazionali in materia di stato civile, nel senso che non può essere utilizzata per legittimare provvedimenti discriminatori dei lavoratori omosessuali rispetto a singole prestazioni patrimoniali, previdenziali, assistenziali, se i detti lavoratori si trovano in una situazione, anche di fatto, paragonabile a quella dei lavoratori eterosessuali coniugati. Ciò comporta, inevitabilmente, un controllo esterno e indiretto del giudice dell'Ue sull'esercizio di quella discrezionalità dei legislatori nazionali, rilanciando su basi nuove il dialogo con i giudici nazionali. A differenza che in *Maruko* e *Römer*, in nessun passaggio della sentenza *Hay* la C. Giust. sembra manifestare un'apertura verso la competenza dei giudici nazionali e, a fronte di un'ennesima discriminazione per orientamento sessuale, opera essa stessa la valutazione di comparabilità che dovrebbe svolgere il giudice nazionale (44).

8.2.7. — Sono ancora molti gli ostacoli che impediscono, in vari Stati membri, una tutela giuridica effettiva ed efficace contro le *discriminazioni in base all'orientamento sessuale*, in particolare sul piano processuale e su quello sanzionatorio. Sono invece palpabili i progressi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, come dimostra la citata sentenza *Accept*, in cui la C. Giust. ha statuito che le dichiarazioni rilasciate ai media dal «patron» di una squadra di calcio professionistica rumena, che egli non avrebbe mai ingaggiato un calciatore omosessuale, violavano comunque la Direttiva n. 2000/78 anche se il «patron» non era un legale rappresentante della società. Tuttavia, poiché il diritto rumeno di recezione della direttiva sanziona come mera contravvenzione «il diniego opposto da una persona fisica o giuridica di assumere per un lavoro una persona a causa [...] delle sue tendenze sessuali», contravvenzione che si prescrive in sei mesi dalla data dei fatti, «contro quel comportamento discriminatorio era possibile solo un ammonimento» (C. Giust., *Accept*, punti 14 ss.). Ciò significa che «siffatta discriminazione non è sanzionata secondo modalità sostanziali e procedurali che attribuiscono alla sanzione un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo» (*Accept*, punto 73). Da qui la necessità, riaffermata dalla Commissione (45), di mantenere costante la vigilanza sul rispetto del divieto di discriminazione (46).

(44) Cfr. Valenti 2014.

(45) Si v. Commissione 2014c.

(46) Cfr. altresì European Union Agency for Fundamental Rights 2013; nonché Equinet 2013.

8.3. — *Disabilità* — La direttiva non fornisce una nozione europea di disabilità, rimettendo questo delicato compito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. D'altra parte, è solo dal 1999 che il Consiglio «raccomanda» di prestare un'attenzione particolare all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro del personale, nonché alla formazione e all'apprendimento permanente dei disabili (47). Più chiaro in questo senso è l'art. 5, che impegna i datori di lavoro ad adottare «soluzioni ragionevoli» (48) [...] per garantire il rispetto» delle persone disabili. Tali soluzioni, che non devono attenuare il rigore del divieto di discriminazione in questione (alla pari degli altri fattori elencati nell'art. 1), consistono in «provvedimenti appropriati [del datore di lavoro] in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». Con la precisazione che una soluzione «non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili». Ma ciò non deve ripercuotersi negativamente sul diritto individuale alla non discriminazione e sull'obbligo del datore di trovare delle soluzioni appropriate. Poiché l'obbligo dei datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli» per i disabili è uno degli elementi fondamentali della tutela, gli Stati membri devono darne corretta applicazione.

All'interpretazione dell'art. 5 e alla definizione di una nozione europea di disabilità o di *handicap* ha sensibilmente contribuito la Corte di Giustizia. In *Chacón Navas* (49) essa ha precisato che «disabilità» non è concetto assimilabile a «malattia», e va intesa come un limite derivante da minorazioni fisiche, mentali o psichiche, che ostacola la partecipazione della persona alla vita professionale. Successivamente, in *HK Danmark* (50) e in *Commissione c. Italia*, la Corte ha fornito elementi utili a integrare la nozione di disabilità con quella desumibile dalla citata Convenzione dell'Onu sui diritti delle persone con disabilità, che è il primo strumento internazionale sui diritti umani giuridicamente vincolante, di cui l'Unione è divenuta par-

(47) Cfr. Parlamento europeo 1999.

(48) A «soluzioni ragionevoli» fa riferimento anche la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità: approvata dall'Assemblea dell'Onu il 13.12.2006, firmata dall'Ue il 30 marzo 2007, è stata ratificata dall'Unione il 23.12.2010 (European Commission - IP/11/4 - 05/01/2011).

(49) C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacón Navas*, in *Racc.*, I-06467.

(50) C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, in *Racc. digitale*.

te contraente. Dice in sostanza la Corte: poiché la Convenzione vincola l'Unione nei limiti delle sue competenze (51), la Direttiva n. 2000/78 dev'essere interpretata per quanto possibile in senso conforme alla Convenzione (C. Giust., *HK Danmark*, punti 28-32). Giova ricordare che la Convenzione Onu, ratificata dall'Unione dopo la citata sentenza *Chacón Navas*, riconosce che «la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali e ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri»; in particolare, l'art. 1, comma 2, definisce «persone con disabilità [...] coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri». Ciò premesso, la Corte afferma in *Commissione c. Italia* che, anche se la nozione di *handicap* non è espressamente definita nella Direttiva n. 2000/78, essa dev'essere intesa alla luce della Convenzione Onu, nel senso che costituisce una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, le quali, interagendo con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona alla vita professionale «su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Pertanto, «per trasporre correttamente e completamente l'art. 5 della Direttiva n. 2000/78» non basta che gli Stati adottino misure pubbliche di incentivo e di sostegno, ma devono «imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere a un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione» (C. Giust., *Commissione c. Italia*, punto 62). In tal senso non ha, invece, provveduto l'Italia, perché le *misure* adottate per l'inserimento professionale dei disabili, «valutate nel loro complesso, non impongono a tutti i datori di lavoro l'adozione di provvedimenti efficaci e pratici...», aventi le caratteristiche e le finalità ora ricordate. Pertanto l'Italia, conclude la Corte, «non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della Direttiva n. 2000/78».

(51) Competenze elencate nell'Allegato II della Decisione n. 2010/48 del Consiglio, del 26.11.2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.

Significativi progressi sul piano definitorio e sull'ambito della tutela ha fatto registrare la sentenza *Coleman* (52), in cui la Corte ha affermato che la Direttiva n. 2000/78 e, in particolare, l'art. 1 e l'art. 2, nn. 1 e 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie si estende a coloro che, pur non disabili, subiscono una discriminazione diretta e/o molestie in materia di occupazione e di condizioni di lavoro per il fatto di trovarsi in stretto rapporto con una persona disabile di cui si prendono cura («discriminazioni per associazione»). Questa sentenza, benché riferita alla Direttiva n. 2000/78, ha valenza generale per la corretta interpretazione della nozione di «discriminazione diretta», anche con riferimento ai divieti di discriminazioni a motivo della razza e/o dell'origine etnica (*ex* Direttiva n. 2000/43). La nozione di discriminazione diretta può dunque comprendere forme di «discriminazione per associazione» allorché la persona discriminata subisce tale trattamento non perché faccia parte di un determinato gruppo etnico o religioso, o per l'orientamento sessuale o la disabilità, ma in quanto «associata» o frequentante persone (familiari o amici) appartenenti alle categorie individuate dalla legge come meritevoli di tutela. Un ragionamento analogo vale per le definizioni di «molestia» e di «ordine di discriminare», di cui alle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, che sono suscettibili di includere anche le situazioni di discriminazione per associazione.

8.4. — *Età* — L'art. 6 della Direttiva n. 2000/78 consente deroghe al divieto di discriminazione in base all'*età solo* se «oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari», e *solo* nelle ipotesi espressamente indicate al par. 1.

Quando fu emanata la Direttiva n. 2000/78 la nozione europea di discriminazione in base all'*età* era innovativa per molti ordinamenti nazionali, anche se proprio in quegli anni la flessibilità del lavoro degli anziani, in ragione dei mutamenti demografici e delle trasformazioni e crisi in atto nel mercato del lavoro, diveniva più frequente e trovava legittimazione in norme nazionali in materia di *età pensionabile*, assunzioni a termine, recesso ecc. Ora, essendo l'*età* un criterio *fluid*o basato su elementi variabili nel tempo e nei diversi contesti socioeconomici e giuridici, la legittimità di deroghe è soggetta a una valutazione complessa. Si aggiunga che le differen-

(52) C. Giust. 17.7.2008, C-303/06, *S. Coleman*, in *Racc.*, I-05603.

ze basate sull'età sono molto diffuse in uno stesso ordinamento giuridico «e, in particolare, nella legislazione sociale e del lavoro» (53), oltre che «presenti per la loro stessa natura nei meccanismi pensionistici» (54). Per questi motivi, la flessibilità del lavoro degli «anziani» continua a generare un ampio contenzioso negli Stati membri con frequenti rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia, per risolvere questioni di conformità delle normative nazionali con il divieto di discriminazione in base all'età, che la C. Giust. ha riconosciuto come principio fondamentale del diritto dell'Unione europea (C. Giust., *Mangold e Küçükdeveci*) «facendo carico» al giudice nazionale di «assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto» (*Mangold*, punto 74) (55).

Dopo *Mangold* la giurisprudenza della Corte si è caratterizzata per un'alternanza di posizioni nell'utilizzo dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità nella valutazione delle cause di giustificazione del divieto in argomento. In questo processo, la decisione più rilevante è la citata sentenza *Küçükdeveci*, che ha confermato la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo chiaro riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza, dopo che essa ha acquisito natura vincolante per espressa previsione del Trattato di Lisbona. In *Küçükdeveci* la Corte, sviluppando il ragionamento fatto in *Mangold*, ha affermato che il principio di non discriminazione in base all'età, dettato dalla Direttiva n. 2000/78, costituisce la *specificazione* di un principio generale del diritto dell'Unione. Rientra nei poteri del giudice nazionale disapplicare, ove necessario, le disposizioni di legge nazionali in contrasto con il principio di non discriminazione (56).

La Corte ha rilevato in primo luogo che il principio di non discriminazione in base all'età dev'essere considerato un «principio generale del diritto dell'Unione» e, attraverso il richiamo all'art. 6 TUE, ha inserito un rife-

(53) Cfr. il punto 74 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. in *Age Concern England* (5.3.2009, C-388/07, in *Racc.*, I-01569).

(54) Si v. le Conclusioni dell'Avv. Gen. in *Palacios de la Villa*, cit. punto 63.

(55) Si v. anche il punto 76 di *Mangold*, cit., che conferma C. Giust. 9.3.1978, *Simmenthal*, C-106/77, in *Racc.*, 1978, 629, punto 21; nonché 5.3.1998, C-347/96, *Solred*, in *Racc.*, I-937, punto 30.

(56) A *Kucukdeveci* hanno fatto seguito pronunce come *Hornfeld* (5.7.2012, C-141/11, in *Racc. digitale*) e *Tyrolean Airways* (7.6.2012, C-132/11, in *Racc. digitale*), che hanno fornito ulteriori chiarimenti sulla legittimità delle cause giustificatrici della disparità di trattamento in base all'età, e sui confini delle discriminazioni indirette; in proposito si v. Cosio 2013, 75 ss.

rimento all'art. 21.1 della Carta di Nizza, che vieta, tra le altre discriminazioni, quella fondata sull'età. Il richiamo alla suddetta norma della Carta di Nizza è volto a rafforzare l'argomentazione concernente l'esistenza di un principio generale del diritto dell'Ue, corroborata dalla ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali della C. Giust. in materia di non discriminazione. Oltre a ciò, la sentenza *Küçükdeveci* assume rilievo nella configurazione di una «giustizia costituzionale europea». Invero, la Corte, sviluppando alcune premesse enunciate in *Mangold*, ha affermato che, in base al principio del primato del diritto dell'Ue, il giudice nazionale può/deve disapplicare – anche nei rapporti orizzontali tra privati – le norme nazionali contrastanti con un principio generale (come quello di pari trattamento), così come specificato in direttive (anche) non direttamente applicabili (cioè, non ancora recepite o i cui termini di recezione non siano ancora spirati). Verrebbe così rafforzato il ruolo dei giudici nazionali (57), in quanto investiti del potere/dovere di disapplicare disposizioni legislative interne contrastanti con principi generali del diritto dell'Unione: principi specificati nel contenuto e processualmente resi applicabili alla fattispecie a opera di direttive, anche se non recepite o non ancora «scadute» nei termini di recezione. Dalla giurisprudenza *Küçükdeveci* è dunque possibile enucleare le coordinate di un sistema di giustizia costituzionale dell'Ue dal carattere «diffuso», nel cui ambito il giudice nazionale potrebbe-dovrebbe svolgere il ruolo di «custode» delle norme «costituzionali» (in ampio senso) dell'Unione. Portando a razionali conseguenze le argomentazioni – e le ricostruzioni – svolte in *Küçükdeveci*, il giudice nazionale potrebbe/dovrebbe disapplicare norme e atti interni eventualmente contrastanti con i diritti affermati nella Carta di Nizza, pur rispettando gli ambiti applicativi di cui al citato art. 51 della Carta.

8.5. — A garantire efficacia alla tutela antidiscriminatoria contribuiscono previsioni analoghe a quelle della Direttiva n. 2000/43 in materia di ripartizione dell'onere della prova nel processo, di previsione di adeguati mezzi di ricorso e di sanzioni. A differenza di quanto prevede l'art. 13 della citata Direttiva n. 2000/43, la Direttiva n. 2000/78 non obbliga gli Stati a istituire *enti specializzati* (58) nella promozione della parità di trattamento anche per fattori come la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'orientamento sessuale o l'età (essendo la razza e origine etnica coperte dalla Direttiva n. 2000/43), preferendo, invece, promuovere il «dialogo

(57) Sul punto, si v. Cosio, Foglia 2012.

(58) Previsti anche dalle cit. Direttive n. 2004/113 e n. 2006/54.

con le competenti organizzazioni non governative che, conformemente alle rispettive legislazioni e prassi nazionali, hanno un interesse legittimo a contribuire alla lotta contro le discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui all'articolo 1» (così l'art. 14). Infine, sono consentite *azioni positive e misure specifiche*, ove non contrastino con il principio di parità di trattamento, siano «dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi» di discriminazione vietati e abbiano «lo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale» (così il par. 1 dell'art. 7, il cui par. 2, consente misure specifiche per l'inserimento dei disabili).

8.6. — *Discriminazione multipla* — La Direttiva n. 2000/78, così come la Direttiva n. 2000/43, non contiene previsioni specifiche sulle discriminazioni multiple, anche se entrambe affermano che «le donne sono spesso vittime di numerose discriminazioni». Ciò malgrado, le due direttive consentono di affrontare due o più motivi di discriminazione nella stessa situazione, pur tenendo conto della diversa tutela assicurata a seconda dei motivi, essendo l'ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/78 limitato alle discriminazioni in materia di condizioni di lavoro e di occupazione. La Commissione ha cercato di colmare questa lacuna presentando una proposta di nuova direttiva nel 2008 (59), che introduceva «un quadro generale per la lotta alla discriminazione per motivi di religione o convinzioni personali, disabilità, età od orientamento sessuale, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento anche in campi diversi dall'occupazione» (art. 1), che peraltro si è incagliata nelle secche procedurali ed è stata quindi abbandonata alla fine del 2011. Riuscirà la Commissione a riaprire l'*iter* legislativo e a condurre in porto una «direttiva unica» sulla non discriminazione?

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *LD*, 161 ss.
- Bobbio N. (1990), *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- Calafà L. (2004), *Le direttive antidiscriminatorie di «nuova generazione»: il recepimento italiano*, in *Studium iuris*, n. 7-8, 873 ss.
- Calafà L. (2007), *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 171 ss.

(59) Commissione Ue 2008.

- Calafà L. (2009), *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce*, in RGL, II, 251 ss.
- Cartabia M. (2011), *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale (Scritti in onore di Valerio Onida)*, Giuffrè, Milano, 415 ss.
- Commissione (2008a), Comunicazione su «Un miglior equilibrio tra lavoro e vita privata: sostenere maggiormente gli sforzi tesi a conciliare la vita professionale, privata e familiare» [Com(2008)635 def.].
- Commissione (2008b), *Proposta di direttiva «recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»* [Com(2008)426].
- Commissione (2009), Comunicazione al Consiglio, al Pe, al Cese e al Comitato delle Regioni, su «Attuazione, risultati e valutazione globale dell'Anno europeo delle pari opportunità per tutti» (2007) [Com(2009)269 def.].
- Commissione Ue (2014a), *An open and secure Europe: making it happen* [Com(2014)154].
- Commissione Ue (2014b), *The EU Justice Agenda for 2012 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union* [Com(2014)144 final].
- Commissione Ue (2014c), *Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva n. 2000/43/Ce del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* [Com(2014)02 final].
- Consiglio (2007), *Risoluzione del 5.12.2007 sul follow-up dell'Anno europeo delle pari opportunità per tutti* (2007, C-308/01).
- Cosio R. (2013), *Discriminazioni per età: la Corte di Giustizia Ue in tema di giustificazione delle disparità di trattamento*, in LG, n. 1, 75 ss.
- Cosio R., Foglia R. (a cura di) (2012), *Il Diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, Giuffrè.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- De Simone G. (2009), *Conciliare lavori e famiglie. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e di sistemi pensionistici*, in LD, 255 ss.
- European network of equality bodies -Equinet (2013), *Equality bodies promoting equality & non-discrimination for Lgbt people*, in www.equineteurope.org.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2013), *EU Lgbt survey – European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey – Results at a glance (fra.europa.eu)*.
- Ferrajoli L. (2007), *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in Galasso A. (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea, Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Franco Angeli, Milano, 16 ss.
- Izzi D. (2008a) *La Direttiva n. 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in LG, 1223 ss.
- Izzi D. (2008b), *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in RGL, II, 765 ss.

- Melin-Soucramanien F. (2005), *Constitution de la République Française*, Dalloz, Paris.
- Parlamento europeo (1999), *Risoluzione del 17.6.1999, sulla parità di opportunità in materia di occupazione per i disabili*, in *GU Ue*, n. 186 del 2.7.1999, 3).
- Parlamento europeo (2012), *Risoluzione del 13.2.2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Ue* (2011/2244/Ini).
- Valenti V. (2014), *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia Ue C-267/12, sent. 12.12.2013)*, in *Forum di QC*, 24.5.2014.

ABSTRACT

L'articolo tratta del divieto di discriminazione nel diritto dell'Ue. L'analisi è condotta attraverso l'esame dei concetti fondamentali di uguaglianza e non discriminazione nei loro vari significati e del diritto antidiscriminatorio come uno strumento di tutela di soggetti deboli e potenzialmente discriminabili. Lo studio inizia con una ricostruzione della situazione precedente il 2000, dedicando attenzione ai limiti di alcune leggi nazionali, in particolare in tema di onere della prova e di discriminazione indiretta. L'Autore esamina quindi l'attuazione delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, con particolare riferimento al divieto di discriminazione in base alla razza, all'età, alla disabilità e all'orientamento sessuale, dedicando attenzione all'interpretazione del principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, mettendone in rilievo l'evoluzione da una fase iniziale di neutralità e di chiusura a una di maggiore apertura e «garantista» nella tutela dei diritti, grazie anche al dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'articolo restituisce un quadro del diritto antidiscriminatorio caratterizzato, da un lato, da una copiosa produzione normativa e, dall'altro, dalla resistenza dei singoli Stati a una corretta trasposizione.

EQUALITY, GENDER PARITY AND ANTI-DISCRIMINATION LAW IN THE EU

The article relates to the prohibition of discrimination in EU law. The study is conducted through the analysis of fundamental concepts such as equality and no-discrimination in all their meanings and anti-discrimination law as a new tool for protecting «weak» and potentially discriminable subjects. It begins with a survey of the situation prior to 2000, paying special attention to the failures of some national laws, in particular where the burden of proof and indirect discrimination are concerned. It then proceeds to examine the implementation of EC Directives n. 2000/43 and n. 2000/78 and, particularly, the elimination of discrimination on the grounds of race, age, disability, and sexual orientation. Fundamental analysis is the principle of nondiscrimination in the judgments of the Court of Justice of the EU, as is its case-law that makes live antidiscrimination law. The Court itself has actually seen an evolution of their positions going from an initial phase of closure against an involvement in the issue of protection of human rights to one of more opening, establishing a dialogue with the European Court of Human Rights. The article returns a picture of the situation on the one hand characterized by copious production of legal acts, and on the other hand by the resistance offered by the individual States to transpose of the same acts.

